ปาฐกถาพิเศษ ป๋วย อึ๊งภากรณ์ ครั้งที่ 17

9 มีนาคม พ.ศ. 2563

นิติรัฐอภิสิทธิ์ และราชนิติธรรม

ประวัติศาสตร์ภูมิปัญญาของ Rule by Law แบบไทย

ธงชัย วินิจจะกูล





คำนำ

คณะเศรษฐศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ เริ่มจัดแสดงปาฐกถาพิเศษ ป๋วย อึ๊งภากรณ์ (Puey Lecture Series) มาตั้งแต่ปี พ.ศ. 2530 โดยจัดเป็นประจำทุก 2 ปี มีวัตถุประสงค์ 3 ประการ ดังนี้

เผยแพร่ชื่อเสียงและเกียรติคุณของศาสตราจารย์ ป๋วย อึ๊งภากรณ์

เพื่อสดุดีและประกาศเกียรติคุณนักวิชาการที่มีผลงานทางวิชาการดีเด่น และมีความรับผิดชอบต่อสังคม

เพื่อส่งเสริม สนับสนุน และเผยแพร่การศึกษาและการค้นคว้าที่มีความเป็นเลิศทางวิชาการ

เพื่อให้การแสดงปาฐกถาพิเศษ ป๋วย อึ๊งภากรณ์ บรรลุวัตถุตามประสงค์ดังกล่าว คณะเศรษฐศาสตร์ได้ดำเนินการคัดเลือกปาฐกจากผู้มีผลงานดีเด่น หรือเป็นผู้มีความสนใจในการศึกษาหาความรู้ด้านสังคมศาสตร์และการเปลี่ยนแปลงทางสังคม มีเกียรติประวัติที่แสดงถึงคุณธรรม และมีจิตสำนึกในการรับใช้และแก้ไขปัญหาสังคม

สำหรับการแสดงปาฐกถาพิเศษ ป๋วย อึ๊งภากรณ์ ครั้งนี้เป็นครั้งที่ 17 คณะกรรมการคัดเลือกปาฐกจึงได้มีมติให้เชิญศาสตราจารย์ ดร.ธงชัย วินิจจะกูล Emeritus Professor of History, University of Wisconsin-Madison มาแสดงปาฐกถาในครั้งนี้ ในหัวข้อ “นิติรัฐอภิสิทธิ์และราชนิติธรรม: ประวัติศาสตร์ภูมิปัญญาของ Rule by Law แบบไทย”

ศาสตราจารย์ ดร.ธงชัย เป็นนักวิชาการด้านประวัติศาสตร์ที่มีผลงานด้านประวัติศาสตร์มาอย่างยาวนานและต่อเนื่อง เป็นการศึกษาที่ร้อยเรียงการเปลี่ยนแปลงทางสังคม เศรษฐกิจและการเมืองของไทยเข้าด้วยกัน เพื่อสร้างความเข้าใจและเปิดมุมมองใหม่ที่มีต่อประเทศไทย ทั้งในอดีต ปัจจุบัน รวมถึง

เชื่อมโยงไปสู่ทิศทางที่จะเกิดขึ้นในอนาคต

ในยุคที่ประเทศไทยกำลังอยู่ในช่วงหัวเลี้ยวหัวต่อทางด้านสังคม เศรษฐกิจ และการเมือง องค์ความรู้ที่สามารถจะมองมิติเหล่านี้ในฐานะพลังขับเคลื่อนที่ต่างเป็นเหตุและเป็นผลของกันและกันในแต่ละ กาละ และ เทศะ ย่อมมีคุณูปการต่อการหาคำตอบให้กับประเทศไทยว่าเรามาถึงจุดนี้ได้อย่างไร จากนี้ไปเรายังเหลือทางเลือกอะไรอยู่อีกบ้าง ทางเลือกเหล่านี้นำไปสู่จุดไหน ซึ่งจะช่วยให้เราพอจะเห็นภาพรางๆ ของประเทศไทยในอนาคตอันใกล้นี้ว่าจะมีหน้าตาเป็นอย่างไร

การจัดงานแสดงปาฐกถาพิเศษ ป๋วย อึ๊งภากรณ์ ครั้งที่ 17 ทั้งด้านการเขียนบทความ การประสานงานในการจัดงาน และการจัดทำวีดิทัศน์ประวัติและผลงานของปาฐกในครั้งนี้สามารถสำเร็จลุล่วงไปได้ด้วยการสนับสนุนและความร่วมมืออย่างดียิ่งจากทุกฝ่ายที่เกี่ยวข้อง คณะเศรษฐศาสตร์ขอขอบคุณบุคคลและหน่วยงานดังต่อไปนี้

รองศาสตราจารย์ ดร.ยุกติ มุกดาวิจิตร

รองศาสตราจารย์ ดร.พวงทอง ภวัครพันธุ์

รองศาสตราจารย์ ฉลอง สุนทราวาณิชย์

ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.ธนาพล ลิ่มอภิชาติ

ศาสตราจารย์ รังสรรค์ ธนะพรพันธุ์

ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ปกป้อง จันวิทย์

นิตยสาร WAY

และ

ศาสตราจารย์ ดร.ธงชัย วินิจจะกูล

คณะกรรมการจัดการแสดง

ปาฐกถาพิเศษ ป๋วย อึ๊งภากรณ์ ครั้งที่ 17



ธงชัย วินิจจะกูล: “คนอื่นในผืนดินตน”

ยุกติ มุกดาวิจิตร

มันยากที่จะกล่าวแนะนำคนที่ใครๆ ก็รู้จัก แต่มันก็ง่ายเกินไปที่จะบอกว่า เรารู้จักใครคนใดคนหนึ่งเป็นอย่างดี ผมไม่ได้รู้จักอาจารย์ธงชัย วินิจจะกูล ดีกว่าใครๆ แต่ผมมีแนวทาง (approach) ในการแนะนำอาจารย์ธงชัยด้วยการทำให้อาจารย์ธงชัยคนที่หลายคนรู้จัก กลายเป็นอาจารย์ธงชัยอีกหลายๆ คน เริ่มจากอาจารย์ธงชัย “ที่คนอื่นไม่รู้จัก” “ที่เป็นอื่นในแดนตน” “ที่บอกเล่าด้วยตนเอง” และ อาจารย์ธงชัย “ที่ผมรู้จัก”

ที่คนอื่นไม่รู้จัก

ปีที่แล้วมีงานประชุมวิชาการนานาชาติ AAS-in-Asia ที่มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์และเพื่อนมหาวิทยาลัยไทยอีก 4 แห่งร่วมกันจัดขึ้นที่กรุงเทพฯ งานนี้นับเป็นงานประชุมนานาชาติด้านเอเชียศึกษาในภูมิภาคเอเชียเองที่ใหญ่ที่สุดงานหนึ่ง ตัวอาจารย์ธงชัยเองนั่นแหละที่มีส่วนในการผลักดันงานนี้ให้เกิดขึ้นมาเมื่อสมัยที่อาจารย์เป็นประธานสมาคมเอเชียศึกษา (Association for Asian Studies, AAS) หลังงานประชุม มีการจัดเส้นทางทัศนศึกษาให้นักวิชาการนานาชาติที่มาร่วมประชุมได้เลือกตามประเด็นและพื้นที่ที่สนใจ เส้นทางหนึ่งของการไปทัศนศึกษาคือที่มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์และประวัติศาสตร์ชุมชนย่านฝั่งธนฯ โดยมี อาจารย์ชาญวิทย์ เกษตรศิริ เป็นผู้นำ

อาจารย์ชาญวิทย์มาเล่าให้ผมและเพื่อนอาจารย์อีกหลายท่านฟังว่า ในบรรดาลูกทัวร์ของท่านนั้น มีอาจารย์ท่านหนึ่งคือ อัลเฟรด แม็คคอย (Alfred McCoy) ศาสตราจารย์ทางประวัติศาสตร์เอเชียตะวันออกเฉียงใต้จากมหาวิทยาลัยวิสคอนซิน-แมดิสัน สหรัฐอเมริกา เมื่อไปเดินชมนิทรรศการ Hall of Fame บนตึกโดมมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ท่าพระจันทร์

อาจารย์แม็คคอยถึงกับประหลาดใจว่า อาจารย์ธงชัย วินิจจะกูล เพื่อนร่วมงานของท่านเองที่ภาควิชาประวัติศาสตร์ มหาวิทยาลัยวิสคอนซิน–แมดิสันเป็นอดีตผู้นำนักศึกษาที่มีบทบาทต่อการเมืองไทยสมัยใหม่เป็นอย่างยิ่ง ตลอดระยะเวลา 20 กว่าปีที่ท่านได้ร่วมงานกันมา เพิ่งวันนี้เองที่อาจารย์แม็คคอยได้ตระหนักในข้อเท็จจริงนี้

เรื่องนี้จะน่าสนใจคนละแบบกันหากเล่าให้ผู้คนในแวดวงวิชาการในสหรัฐอเมริกาฟัง สำหรับนักวิชาการต่างประเทศรวมทั้งแม้แต่ผู้ที่สนใจศึกษามาทางเอเชียตะวันออกเฉียงใต้ หากไม่ได้เชี่ยวชาญเรื่องประเทศไทยจริงๆ ก็แทบจะไม่มีคนรู้ประวัติชีวิตอาจารย์ธงชัยในภาคที่เกี่ยวข้องกับการเมืองไทยตั้งแต่สมัยเป็นนักศึกษา ยิ่งบทบาทในปัจจุบันก็ยิ่งยากที่ใครในต่างประเทศจะรู้

แต่เมื่อเล่าในบริบทของสังคมไทย เล่าในประเทศไทยให้นักวิชาการไทยและนักกิจกรรมไทยฟัง ความน่าสนใจอยู่ที่ว่าในด้านหนึ่ง คนไทยจะแปลกใจว่าคนในต่างประเทศเขาไม่รู้เรื่องนี้กันหรอกหรือ และในอีกด้านหนึ่ง หรือว่าคนในประเทศไทยจะสนใจเฉพาะด้านที่อาจารย์ธงชัยเป็นและทำในไทย มากกว่าด้านที่อาจารย์ธงชัยเป็นและทำในต่างประเทศ ทำไมคนใน

ประเทศไทยไม่ค่อยสนใจด้านที่คนอื่นเขาสนใจจากตัวอาจารย์ธงชัยกัน พูดอีกอย่างหนึ่งก็คือ เวลาที่คนในประเทศไทยรู้จักอาจารย์ธงชัย บางทีก็กลับไม่รู้จักอาจารย์ธงชัยไปพร้อมๆ กันกับคนในต่างประเทศ เพราะภาพความเข้าใจเกี่ยวกับอาจารย์ธงชัยที่เคยชินติดตานั้น กลับปิดบังภาพความเป็นอาจารย์ธงชัยที่คนนอกประเทศนี้เขารู้จักกัน

ในประเด็นแรก ยืนยันได้ด้วยประสบการณ์ของผมเอง เมื่อถูกถามเกี่ยวกับอาจารย์ธงชัยโดยนักวิชาการต่างประเทศ เวลาผมไปเจอใครที่ไหนในต่างประเทศ ไม่ว่าจะตอนที่เรียนอยู่ที่สหรัฐอเมริกา หรือตอนที่เรียนจบแล้วไปประชุมวิชาการในต่างประเทศ เมื่อเขารู้ว่าผมเรียนหรือจบมาจากมหาวิทยาลัยวิสคอนซิน–แมดิสัน คนก็จะถามทันทีว่า “คุณรู้จักธงชัยไหม” ผมก็มักยิ้มเขินๆ และตอบไปว่า “ต้องรู้จักสิ เพราะเขาเป็นกรรมการวิทยานิพนธ์ผมด้วยคนหนึ่ง แล้วผมก็เคยเรียนกับเขาด้วย” เมื่อผมถามกลับไปว่า “แล้วคุณรู้จักธงชัยจากอะไรล่ะ” เขาก็มักจะตอบว่า “จากหนังสือ Siam Mapped” แต่เมื่อเล่าว่าอาจารย์ธงชัยเคยเป็นผู้นำนักศึกษา ทุกคนต่างก็แปลกใจ แต่ก็ไม่ได้สนใจถามไถ่อะไรต่อมากนัก

ธงชัยที่ “พวกเขา” รู้จักจึงเป็นคนละคนกับอาจารย์ธงชัยที่ “พวกเรา” คนไทยรู้จัก ในแง่นี้ ผมจึงอยากเล่าถึงอาจารย์ธงชัยในด้านที่ไม่ค่อยเป็นที่รู้จักมากนักในสังคมไทย ผ่านทั้งจากความเข้าใจของผมเอง และจากการซักถามอาจารย์ธงชัยที่ตอบคำถามจากมุมมองของความพยายามที่ผมจะเล่าถึงอาจารย์ธงชัยที่คนไม่ค่อยสนใจกันบ้าง และจากความรู้จักกันเป็นส่วนตัวในท้ายที่สุด

ที่เป็นอื่นในแดนตน

“‘สำหรับผม คนรุ่น 6 ตุลา (2519) sexy กว่าคนรุ่น 14 ตุลา (2516) เยอะเลย’ อาจารย์เคยพูดไว้อย่างนั้นในงานเสวนาวิชาการงานหนึ่ง (ยุกติ, 2560) อาจารย์จะขยายความคำพูดนี้ได้ไหมครับ” ผู้ซึ่งสัมภาษณ์ผมขณะเตรียมงานปาฐกถาป๋วย อึ๊งภากรณ์ในปีนี้ตั้งคำถามให้ผมอธิบายเพิ่มเติม ผมยิ้มนิดนึง แล้วตอบว่า

“ใช่ครับ ผมพูดไว้อย่างนั้นเองแหละ” แล้วผมก็อธิบายต่อ...

สำหรับผม "คนเดือนตุลา" มี 2 รุ่น รุ่น 14 ตุลาคม 2516 กับรุ่น 6 ตุลาคม 2519 คนสองรุ่นนี้แตกต่างกันอย่างที่หลายๆ คนพูดถึงกันอยู่เสมอๆ อย่างเช่นถ้ามองตามมุมมองประวัติศาสตร์บาดแผลตามมุมมองของอาจารย์ธงชัย 14 ตุลา 16 เป็นประวัติศาสตร์ของผู้ชนะ เป็นประวัติศาสตร์ที่ได้รับการยอมรับทั้งจากผู้เข้าร่วมเองและของสังคมไทย จึงได้รับการจดจำและบอกเล่าต่อกันมา ส่วน 6 ตุลา 19 เป็นประวัติศาสตร์ของผู้พ่ายแพ้ ผู้มีส่วนร่วมถูกมองว่าเป็นเหยื่อแต่ก็กลับพยายามหลงลืมมันไป

แต่ในมุมของผม ผมสนใจอีกเรื่องหนึ่ง ผมสนใจมรดกของคนเดือนตุลา 2 รุ่นนี้ว่ามีต่อคนรุ่นหลังอย่างไร โดยวัดง่ายๆ ว่าผมคิดว่าอิทธิพลของคน 2 รุ่นนี้มีต่อผมอย่างไร สำหรับผม ด้วยความเคารพคนหลายคนจากรุ่น 14 ตุลาฯ ที่ผมนับถือ (แน่นอนว่าผมไม่ได้นับถือคนรุ่น 14 ตุลาฯ ทุกคนเสมอเหมือนกัน) ผมคิดว่าคนรุ่น 6 ตุลาฯ มี "ความ cool" กว่าคนรุ่น 14 ตุลาฯ มากมาย คนรุ่น 14 ตุลาฯ มี "ความเชย" คือล้าหลัง ตกยุคมากกว่าคนรุ่น 6 ตุลาฯ ที่จนทุกวันนี้ทั้งๆ ที่พวกเขาเริ่มเป็น "รุ่นใหญ่" ถึงวัยเกษียณจากหน้าที่การงานประจำกันแล้ว ก็ยังสื่อสารกับคนรุ่นผมและคนรุ่นต่อๆ มาได้ดีกว่า ลองไล่เรียง

ดูได้เลย ตั้งแต่ สมเกียรติ วันทะนะ, ธเนศ วงศ์ยานนาวา, สมศักดิ์ เจียมธีรสกุล, เกษียร เตชะพีระ, ชูศักดิ์ ภัทรกุลวณิชย์, ชัยวัฒน์ สถาอานันท์ รวมทั้ง ธงชัย วินิจจะกูล ก็จะเห็นได้ว่า คนเหล่านี้ยังคงมีอิทธิพลต่อคนรุ่นต่อมา ทั้งรุ่นผมและต่อมาจากผมอีกมากแค่ไหนในทางวิชาการแต่ละสาขาวิชา ทั้งปรัชญาการเมือง ปรัชญาสังคม รัฐศาสตร์ ประวัติศาสตร์ วรรณคดี และในทางการเสนอประเด็นสาธารณะ

ผมคิดว่าคนรุ่น 6 ตุลาฯ ไม่เพียงแต่สร้างผลสะเทือนทางการเมืองให้แก่สังคมไทย แต่คนรุ่นนี้ยังทำให้เกิดอีกยุคสมัยหนึ่งของภูมิปัญญาไทย คือสิ่งที่อาจจะเรียกว่าเป็น “กระบวนทัศน์แบบหลังมาร์กซิสต์” (post-marxist paradigm) ไล่มาตั้งแต่แนวคิดหลังสมัยใหม่ โครงสร้างนิยม หลังโครงสร้างนิยม ซ้ายใหม่ และแนวคิดการต่อสู้ด้วยสันติวิธี กล่าวได้ว่า หลังจากคนรุ่นนี้ไปแล้ว การกลับไปอ่านมาร์กซ์ หรือการสนใจความคิดของฝ่ายซ้าย เปลี่ยนแปลงไปอย่างที่จะไม่มีวันหวนกลับไปเป็นแบบยุคที่สานต่อมาจาก นายผี, จิตร ภูมิศักดิ์ และพรรคคอมมิวนิสต์แห่งประเทศไทย ในแบบที่เคยมีอิทธิพลมาจนถึงทศวรรษ 1980 อีกต่อไปได้ โครงสร้างทางภูมิปัญญาไทยหลังทศวรรษ 1980 คือความเป็นไทยที่ไม่เป็นมาร์กซิสม์

แบบเดิมที่เน้นการวิเคราะห์วิถีการผลิตโดยให้ความสนใจกับมิติทางเศรษฐกิจเป็นหลักอีกต่อไป ถ้อยคำทางทฤษฎีใหม่ๆ ที่นักวิชาการรุ่นนี้นำมาเสนอให้แก่สังคมไทยมีมากมาย ตั้งแต่วาทกรรม วงศาวิทยา การเมืองวัฒนธรรม อำนาจนำ ภาพแทนความจริง ความเป็นอื่น พล็อตทางประวัติศาสตร์ การสร้างและการรื้อสร้าง ฯลฯ ถ้อยคำเหล่านี้ไม่เพียงให้แนวทางการเข้าใจสังคมแบบใหม่ แต่ก็ได้ช่วยให้เห็นสังคมไทยที่เปลี่ยนแปลงไปอย่างยิ่งเช่นกัน แน่นอนว่าคนรุ่นนี้ให้ทั้งขอบฟ้าใหม่ของการทำงานวิชาการในประเทศไทย แต่ก็แน่นอนด้วยเช่นกันว่าพวกเขาต่างยังมีขีดจำกัดของการทำงานทางวิชาการ ที่ผมยังไม่ขอกล่าวในที่นี้

แต่หากเล่าเพื่อให้เห็นภาพในแง่ของบรรยากาศทางวิชาการ คนเหล่านี้คือนักวิชาการที่คนรุ่นผมเที่ยวไล่ตาม "ช้อปปิ้งทางปัญญา" เพื่อเสาะแสวงหาความสนใจเฉพาะจากแต่ละคน แล้วพัฒนาให้เป็นความสนใจของคนรุ่นผมเองแต่ละคนต่อไป ดังนั้น หากจะถามว่า มรดกของพวกเขาอยู่ที่ไหน ก็ให้หาดูจากพวกผมนี่แหละ

ครั้งแรกๆ ที่ผมได้ฟังอาจารย์ธงชัยเสนองาน คือตอนที่อาจารย์กลับมาใหม่ๆ น่าจะปี 2531 หรือ 32 ขณะนั้นผมศึกษา

ระดับปริญญาตรีในปีท้ายๆ อาจารย์เสนอเรื่องแผนที่ แล้วผมก็ได้ตามอ่านงานเรื่องแผนที่ที่เป็นบทความภาษาไทยในหนังสือ "อยู่เมืองไทย" (ธงชัย, 2530) จากนั้นผมก็ได้ฟังงาน 2 เรื่อง คือ "พระมหาธรรมราชา ผู้ร้ายในประวัติศาสตร์ไทย" (ธงชัย, 2533) และอีกเรื่องที่มีส่วนช่วยให้ผมพัฒนาวิทยานิพนธ์ปริญญาโทของผม ที่ขณะนั้นศึกษาทางมานุษยวิทยาอยู่กับอาจารย์ปริตตา เฉลิมเผ่า กออนันตกูล ที่คณะสังคมวิทยาและมานุษยวิทยา อาจารย์ธงชัยเสนอเรื่อง "The Other Within" ที่ขณะนั้นน่าจะในปี พ.ศ. 2537 ซึ่งยังเป็นต้นฉบับอยู่ ผมได้อ่านต้นฉบับก่อนตีพิมพ์ และถือว่าเป็นงานที่มีอิทธิพลต่อผมมากในการทำวิทยานิพนธ์เรื่อง "การก่อตัวของกระแสวัฒนธรรมชุมชนในสังคมไทย, พ.ศ. 2520–2537" (ยุกติ 2538, 2548) แต่ขณะนั้นผมยังไม่ได้อ้างอิงถึงงานอาจารย์ธงชัยเนื่องจากงานยังไม่ได้ตีพิมพ์ แต่ความเข้าใจเรื่องความเป็นอื่น ภูมิศาสตร์และการจัดประเภทกลุ่มชน ตลอดจนการมองงานเขียน "ชาติพันธุ์นิพนธ์" ว่าเป็นการเสนอภาพแทนความจริง และเป็นงานประพันธ์ประเภทหนึ่งนั้น ส่วนหนึ่งก็มาจากการได้ฟังและอ่านงานชิ้นนี้ของอาจารย์ธงชัยนั่นเอง แต่ผมไม่เคยได้ข้ามไปเรียนวิชาประวัติศาสตร์ขณะที่อาจารย์สอนอยู่ที่ธรรมศาสตร์ หลังสอน

ได้ 3 ปี อาจารย์ก็ย้ายไปทำงานที่สหรัฐอเมริกาเสียแล้ว

ผมแบ่งงานอาจารย์ธงชัยออกเป็น 4 กลุ่ม ด้วยกัน ได้แก่ 1) ประวัติศาสตร์ไทยในฐานะประวัติศาสตร์เอเชียตะวันออกเฉียงใต้ 2) ประวัติศาสตร์ไทยในฐานะประวัติศาสตร์สากล 3) การเมืองของความรู้ประวัติศาสตร์และมานุษยวิทยา 4) วิชาการเพื่อพันธกิจทางการเมือง ขอบอกไว้ก่อนว่า ที่จะเล่าต่อไปนี้ไม่ใช่ทำบรรณานุกรมผลงานของธงชัย วินิจจะกูล แต่เป็นเพียงการสร้าง "แผนที่โครงการทางวิชาการของธงชัย วินิจจะกูล" ที่ผมคิดว่าน่าจะช่วยเป็นแนวทางสำหรับการทำความเข้าใจอาจารย์ธงชัย "ที่เป็นอื่นในแดนตน" ได้สักหน่อยเท่านั้นเอง ผมไม่สามารถเอ่ยถึงงานทุกชิ้นได้ และย่อมต้องตกหล่นประเด็นอีกมากมายเช่นกัน

1) ประวัติศาสตร์ไทยในฐานะประวัติศาสตร์เอเชียตะวันออกเฉียงใต้

สิ่งหนึ่งที่อาจารย์ธงชัยทำมาโดยตลอดโดยที่คนไม่ค่อยรู้กันนักคือ การรับผิดชอบงานสอนวิชาประวัติศาสตร์เอเชีย

ตะวันออกเฉียงใต้ตั้งแต่ยุคโบราณถึงศตวรรษที่ 19 หรือเรียกง่ายๆ ว่าประวัติศาสตร์เอเชียตะวันออกเฉียงใต้ก่อนสมัยใหม่ ที่มหาวิทยาลัยวิสคอนซิน-แมดิสัน ส่วนวิชาประวัติศาสตร์ไทยนั้น อาจารย์เคยบอกผมว่าเปิดสอนปีเว้น 2 ปี หรืออาจจะปีเว้นปี เนื่องจากมีคนเรียนไม่มากพอที่จะเปิดประจำทุกปี ส่วนประวัติศาสตร์เอเชียตะวันออกเฉียงใต้ยุคสมัยใหม่นั้น ผู้สอนคือ อัลเฟรด แม็คคอย เพื่อนร่วมงานอาจารย์ธงชัยที่ผมเล่าถึงตอนต้นนั่นเอง ฉะนั้นหากกล่าวในแง่ของความรู้เกี่ยวกับเอเชียตะวันออกเฉียงใต้ แน่นอนว่าอาจารย์ธงชัยไม่ได้สนใจเฉพาะประวัติศาสตร์ไทย นี่เป็นสิ่งที่คนไม่ค่อยให้ความสนใจกับแง่นี้ของอาจารย์ ผมเองเนื่องจากรู้ว่าอาจารย์สอนเรื่องเอเชียตะวัน-ออกเฉียงใต้มาสม่ำเสมอ เมื่อใดก็ตามที่อยากได้รายชื่อหนังสือเอเชียตะวันออกเฉียงใต้ ผมก็จะต้องถามอาจารย์ธงชัยก่อนเป็นลำดับแรก อาจารย์ไม่เพียงได้อ่านหนังสือที่พิมพ์แล้ว แต่ด้วยการทำงานที่นั่นทำให้อาจารย์ยังได้อ่านต้นฉบับก่อนตีพิมพ์อีกเป็นจำนวนมาก นั่นทำให้อาจารย์ธงชัยมองเห็นทิศทางของเอเชียตะวันออกเฉียงใต้ศึกษามาอย่างต่อเนื่องร่วม 25 ปีได้

ดังนั้น แม้ว่าใครจะไม่รู้ว่าอาจารย์ธงชัยก็ผลิตผลงานในเชิง “ภูมิภาคศึกษา” ไว้บ้างเช่นกัน แต่ผมมั่นใจว่าในงาน

เขียนชิ้นใดๆ ก็ตาม อาจารย์ก็จะต้องจินตนาการว่าได้สร้างบทสนทนากับงานศึกษาเอเชียตะวันออกเฉียงใต้ในภาพรวมอยู่เสมอ ส่วนหนึ่งของงานผมที่ได้รับมรดกเอเชียตะวันออก-เฉียงใต้ศึกษาจากอาจารย์มาคือการได้รับคำแนะนำให้อ่านงานของ คีธ เทย์เลอร์ (Keith Taylor) บทความเรื่อง “Surface Orientation” (Taylor, 1998) ซึ่งเป็นงานที่คนไม่ค่อยอ่าน แต่กลับทรงพลังมากในแง่ของการ “รื้อถอน” ประวัติศาสตร์เวียดนามที่คีธ เทเลอร์ เองมีส่วนสร้างให้เกิดอัตลักษณ์ความเป็นเวียดนามผ่านผลงานสำคัญของเขาชื่อ The Birth of Vietnam (Taylor, 1982) แต่ในผลงานชิ้นหลังนี้ เขาเสนอให้มองเห็นความกระจัดกระจายไม่เป็นแก่นสารของความเป็นเวียดนาม หรือผลงานของ เจมส์ ซี. สก็อตต์ (James C. Scott) ชื่อ The Art of Not Being Governed (Scott, 2009) ผมก็ได้รับรู้จากคำแนะนำของอาจารย์ธงชัยก่อนที่หนังสือจะออกมาเป็นเล่ม

ผมคิดว่า “เทรนด์” เหล่านี้ในประวัติศาสตร์เอเชียตะวัน-ออกเฉียงใต้ศึกษา เป็นสิ่งที่อาจารย์ธงชัยและคนที่ศึกษาประเทศต่างๆ ในเอเชียตะวันออกเฉียงใต้เขาจะ “เห็น” กัน และสร้างบทสนทนาด้วยอย่างเงียบๆ แม้ว่าแต่ละคนอาจ

จะไม่ได้ทำงานในระดับภูมิภาคทั้งหมดก็ตามที การทำงานประวัติศาสตร์ระดับภูมิภาคจึงไม่ใช่ว่าจะต้องศึกษาภูมิภาคโดยรวมทั้งหมด แต่แม้ว่าจะเป็นการทำงานประวัติศาสตร์จากการเน้นศึกษาที่ใดที่หนึ่งก็ตาม นักประวัติศาสตร์ หรือนักอะไรก็ตาม ก็ควรจะต้องรับรู้ด้วยว่า ในขณะนั้นคนที่ศึกษาภูมิภาคนั้นๆ เขาสนใจอะไรกันอยู่ เขาถกเถียงกันเรื่องอะไร ไม่ใช่รู้จักแต่งานในพื้นที่ตนเองโดยไม่รู้ว่าคนอื่นในพื้นที่เดียวกันเขาทำอะไรกันอยู่ ไทยศึกษาที่ไม่รู้จักเวียดนามศึกษา ไม่รู้จักอินโด-นีเซียนศึกษา ฯลฯ ด้วยเพราะไม่รู้จักอ่านงานที่เขาศึกษานอกประเทศเลย จึงไม่สามารถสร้างบทสนทนาข้ามประเทศได้ แต่ไทยศึกษาที่สร้างบทสนทนาข้ามประเทศได้ ก็จะต้องวางอยู่บนความรู้เท่าทันเอเชียตะวันออกเฉียงใต้ศึกษา หรือไกลกว่านั้นคือประเด็นศึกษาระดับนานาชาติที่เขาถกเถียงกันไม่เฉพาะในประเทศใดประเทศหนึ่ง จึงจะมีคุณูปการข้ามประเทศได้ จึงจะมีคนอ่านกันไปไกลกว่าประเทศนั้น และนั่นเองที่ผมคิดว่าทำไมงานศึกษาของอาจารย์ธงชัยจึงเป็นที่รู้จักกันข้ามประเทศเนื่องจากอาจารย์ “ตามทัน” หรือ “อินเทรนด์” กับเอเชียตะวัน-ออกเฉียงใต้ศึกษา สามารถสร้างบทสนทนาข้ามประเทศอย่างเงียบๆ ได้ ไม่เหมือนงานวิชาการไทยจำนวนมากที่ไม่รู้เท่าทัน

หรือกระทั่งรังเกียจการสร้างบทสนทนาข้ามประเทศ

ไทยศึกษาของอาจารย์ธงชัยจึงเป็นส่วนหนึ่งของเอเชียตะวันออกเฉียงใต้ศึกษา ดังในคำนำเสนอของหนังสือ Disturbing Conventions: Decentering Thai Literary Cultures (Harrison, 2014) อาจารย์ธงชัยเสนอให้เห็นว่า ไทยศึกษาในประเทศไทยหรือ "แบบไทยๆ" นั้น แตกต่างอย่างยิ่งจากไทยศึกษาแบบที่ผู้ศึกษามาทางเอเชียตะวันออกเฉียงใต้ศึกษา "แบบสากลๆ" เขาเข้าใจกัน แบบสากลเป็นอย่างไร อาจารย์ธงชัยสรุปไว้ว่า

"ความรู้เรื่องไทยที่ถูกผลิตโดยตะวันตกแตกต่างในสาระสำคัญจากที่ผลิตโดยสังคมไทยเอง... เป็นความรู้ที่เป็นส่วนหนึ่งของภูมิภาคเสมอ อย่างมากที่สุดแล้ว ก็มีผู้เชี่ยวชาญเกี่ยวกับประเทศไทยที่ศึกษาประเทศนี้ในฐานะที่เป็นโครงการย่อยของเอเชียตะวันออกเฉียงใต้ศึกษา ไม่ว่าจะโดยไม่ได้ตั้งใจหรืออย่างจงใจ พวกเขาก็จะศึกษาภูมิภาคโดยรวมด้วยเช่นกัน เพื่อที่ว่าจะเรียนรู้จากมุมมองเชิงเปรียบเทียบ และด้วยการคิดจากกรอบการศึกษาที่กว้างใหญ่กว่านั้น" (Thongchai, 2014a: xvii แปลโดยผู้เขียน)

นั่นเองทำให้งานอาจารย์ธงชัยเป็นงานศึกษาสังคมไทยที่เชื่อมโยงกับเอเชียตะวันออกเฉียงใต้ศึกษา แตกต่างจาก "ไทยศึกษาแบบไทยๆ" ที่

"ประเทศไทยถูกศึกษาอย่างค่อนข้างเป็นเอกเทศ ปราศจากการให้ความสนใจหรือขาดความรู้เกี่ยวกับเพื่อนบ้านของเรา ภายในประเทศไทยเองนั้น ซึ่งภูมิภาคหรือโลกแทบไม่เป็นประเด็นสำคัญ ก็มีการสร้างความรู้ที่ยึดเอาตนเองเป็นศูนย์กลาง และมีความ "เป็นท้องถิ่น" (provincial) อย่างเหลือเชื่อ (ซึ่งตรงกันข้ามกับความเป็นสากล (cosmopolitan)) ผลก็คืออุดมการณ์ว่าด้วยประเทศไทยที่มีความพิเศษ เฉพาะตน และเป็นข้อยกเว้น อย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้

"ผลที่สุดแล้ว ผมเห็นว่า ความรู้ ที่ถูกสร้างขึ้นมาในประเทศเกี่ยวกับประเทศไทยและความสัมพันธ์ของไทยต่อภูมิภาคเอเชียตะวันออกเฉียงใต้ที่กว้างออกไปนั้น เป็นอย่างอื่นไปไม่ได้นอกจากจะเป็นการยึดมั่นเอาไทยเป็นศูนย์กลาง (Thai-centric) … การหลงติดเอาไทยเป็นศูนย์กลางทำให้เราเน้นย้ำนัยของความอยู่เหนือกว่าและมีลักษณะเฉพาะตน ไม่เหมือนใคร นี่คือไทยศึกษาบนความหลงใหลในตนเอง เป็น 'ไทยศึกษาในโลกนิทานมหัศจรรย์'" (Thongchai, 2014a:

xvii, xviii แปลโดยผู้เขียน)

อันที่จริง นอกเหนือจากการศึกษาสังคมไทยโดยเฉพาะ อาจารย์ธงชัยเขียนงานในระดับภูมิภาค หรือใหญ่กว่านั้นคือระดับทวีปบ้างเช่นกัน งานที่แสดงให้เห็นชัดเจนคือ “Asian Studies across Academies” (Thongchai, 2014b) ที่เล่าทิศทางใหม่ๆ ของเอเชียศึกษา หากแต่ในตอนต้นบทความ อาจารย์ก็เล่าถึงความแตกต่างระหว่างไทยศึกษาในประเทศไทยด้วยภาษาไทย กับไทยศึกษานอกประเทศไทยด้วยภาษาอังกฤษไว้อย่างน่าสนใจ แต่งานที่น่าสนใจมากและผมคิดว่าอาจจะไม่ค่อยมีคนพูดถึงกันนักในประเทศไทยคือบทความ หรือ Writing at the Interstices: Southeast Asian Historians and Post-National Histories in Southeast Asia (Thongchai, 2003) ซึ่งเขียนไว้ก่อนหน้าบทความที่เอ่ยถึงเมื่อสักครู่หลายปีทีเดียว บทความนี้เชื่อมโยงงานเขียนทางประวัติศาสตร์ข้ามประเทศในภูมิภาคเอเชียตะวันออกเฉียงใต้ ทำให้เห็นถึงวิธีเขียนงานประวัติศาสตร์ที่เปลี่ยนไปอย่างชัดเจนในเอเชียตะวันออกเฉียงใต้ นับเป็นงานในระดับภูมิภาคศึกษาได้อย่างแท้จริง

2) ประวัติศาสตร์ไทยในฐานะประวัติศาสตร์สากล

นอกจากการเชื่อมโยงผ่านประเด็นประวัติศาสตร์นิพนธ์และเอเชียศึกษา งานเขียนที่นับว่าข้ามพรมแดนอีกลักษณะคือการข้ามพรมแดนผ่านประเด็นการศึกษา นั่นคือเรื่องภูมิศาสตร์และเรื่องความรุนแรง ผมมองว่า นอกจากการวิเคราะห์สังคมไทยโดยตรงแล้ว การอาศัยแนวคิดสากลไม่ว่าจะเป็นแนวคิดภูมิศาสตร์และแนวคิดความรุนแรง ได้เชื่อมโยงสังคมไทยเข้ากับสังคมโลก ผ่านประเด็นวิชาการสากลที่กำลังเป็นที่ถกเถียงกัน และที่กำลังร่วมสมัยอยู่ ในขณะเดียวกันก็ทำให้สังคมไทยมีมุมมองความเข้าใจใหม่ๆ ที่สามารถแลกเปลี่ยน ถกเถียง ทั้งยังไม่ทำให้สังคมไทยตกอยู่ในมายาคติจนกลายเป็นสิ่งแปลกพิเศษโดดเด่นไม่เหมือนใครในโลกด้วยเช่นกัน

งานศึกษาประวัติศาสตร์ไทยที่สำคัญของอาจารย์ธงชัยด้วยแนวคิดภูมิศาสตร์นั้นมีมากมาย ทั้งเล่มที่โด่งดังอย่าง Siam Mapped (Thongchai, 1994) และบทความที่ถูกอ้างถึงข้ามภูมิภาคอย่าง The Other Within (Thongchai, 2000a) The Quest for ‘Siwilai’ (Thongchai, 2000b) หรือกระทั่ง The Changing Landscape of the Past (Thongchai, 1995) งาน

เหล่านี้ล้วนแล้วแต่สร้างบทสนทนาข้ามประเทศ และไปจนถึงการข้ามภูมิภาค ผ่านชุดความคิดเรื่องภูมิศาสตร์ ซึ่งแสดงให้เห็นอย่างชัดเจนอยู่แล้วในชื่อผลงานทั้ง 4 ชิ้นนี้ของอาจารย์ ไม่ว่าจะเป็นแนวคิด geo-body ที่เสนอในชื่อรองของหนังสือ Siam Mapped จนแนวคิดนี้กลายเป็นแนวคิดที่ถูกนำไปใช้ศึกษาข้ามประเทศไปสู่การศึกษาภูมิภาคเอเชียตะวันออกเฉียงใต้และมีอิทธิพลไปทั่วโลก ส่วนหนึ่งผ่านการถูกเผยแพร่โดย เบเนดิกต์ แอนเดอร์สัน ในหนังสือ Imagined Communities (Anderson, 1993) หรือแนวคิดเรื่อง ethno-spatial และ geographical discourse ก็สร้างบทสนทนากับการศึกษาทางมานุษยวิทยาและหลังอาณานิคม (postcolonialism) (Said, 1978)

ไม่เป็นเรื่องบังเอิญเลยที่งานเหล่านี้ถูกผลิตออกมาในปลายทศวรรษ 1980 ถึงต้นทศวรรษ 1990 ซึ่งร่วมสมัยหรือถึงกับมาก่อนกาลกับช่วงที่การศึกษาทางสังคมศาสตร์และมนุษยศาสตร์กำลังให้ความสนใจกับการนำแนวคิดทางภูมิศาสตร์มาปรับใช้ ไม่ว่าจะเป็นการที่ เดวิด ฮาร์วีย์ (David Harvey) โด่งดังจากผลงาน The Condition of Postmodernity: the Compression of Space-Time (Harvey, 1989) และอรชุน อัปพาดูราย (Arjun Appadurai) รวบรวมผลงานพิมพ์

ในชื่อ Modernity at Large (Appadurai, 1996) ผลงานของอาจารย์ธงชัยจึงนับได้ว่าอยู่ในกระแสของการเปิดเผยให้เห็นว่า การจัดจำแนกกลุ่มคน การเมืองวัฒนธรรม และสำนึกทางประติศาสตร์นั้น สัมพันธ์กับภูมิศาสตร์และการคิดเรื่องพื้นที่ การจัดการพื้นที่ที่เราคิดว่าเป็นเรื่อง "ภูมิศาสตร์" นั้น โดยไม่รู้ตัวเราอาจจะกำลังจัดการผู้คน วัฒนธรรม และประวัติศาสตร์อย่างบิดเบี้ยวและสร้างความเหลื่อมล้ำในสังคมขึ้นมา

อีกมิติหนึ่งของงานศึกษาประวัติศาสตร์ไทยโดยเชื่อมโยงกับประวัติศาสตร์สากลคืองานศึกษาประวัติศาสตร์ความรุนแรง โดยเฉพาะอย่างยิ่งเรื่อง 6 ตุลาฯ งานศึกษาชุดนี้ดูเผินๆ อาจจะเหมือนกับการศึกษาสังคมไทยในมิติที่คนไทยมักเข้าใจว่า "เมื่อพูดถึง ธงชัย วินิจจะกูล ถ้าไม่ใช่แผนที่ ก็ 6 ตุลาฯ" แต่ความเข้าใจเช่นนั้นน่าจะมาจากการไม่ค่อยได้สัมผัสงานเขียนเรื่อง 6 ตุลาฯ ในภาคสากลของอาจารย์ธงชัยมากกว่า จึงไม่เข้าใจว่างานเขียนทางวิชาการในโลกสากลนั้น มักจะต้องทำให้เรื่องที่เข้าใจกันในเพียงมุมหนึ่งมุมใดของโลก ต้องสามารถเชื่อมโยงให้มุมอื่นของโลกเข้าใจได้ด้วยว่าเรื่องนั้นสัมพันธ์กับมุมอื่นๆ ของโลกอย่างไร และที่สำคัญคือ ต้องทำให้คนที่อื่นในโลกเล็งเห็นประโยชน์ให้ได้ว่า ทำไมจะต้องนั่งหลังขดหลังแข็งอ่านงาน

เกี่ยวกับมุมนี้ของโลก ทั้งๆ ที่ก็ไม่ได้มีส่วนได้ส่วนเสียและไม่ได้มีความเชี่ยวชาญหรืออยากจะเป็นผู้เชี่ยวชาญเกี่ยวกับมุมนี้ของโลกเลย “จริตทางวิชาการสากล” แบบนั้น เป็นจริตที่โลกวิชาการสากลคาดหวังจากผลงานทางวิชาการ

เรื่อง 6 ตุลาฯ เชื่อมกับโลกวิชาการสากลอย่างไรนั้น เห็นได้ชัดจากประเด็นศึกษาที่อาจารย์ธงชัยเสนอในเรื่องนี้ออกมาอย่างต่อเนื่อง หากแต่เป็นในภาษาอังกฤษ ผลงานศึกษาความทรงจำ 6 ตุลาฯ ชิ้นสำคัญชื่อ Remembering/Silencing the Traumatic Past: The Ambivalent Memory of the October 1976 Massacre in Bangkok (Thongchai, 2002) ออกมาหลังผลงานเกี่ยวกับประวัติศาสตร์นิพนธ์ด้วยซ้ำ แต่นั่นอาจจะเป็นเพราะเงื่อนไขอื่นๆ ที่ผู้เขียนควบคุมไม่ได้ ทำให้งานเขียนปรากฏพิมพ์ออกมาล่าช้ากว่าเมื่อเขียนเสร็จแล้ว ที่แน่ๆ ก็คืองานชุดนี้ในภาษาอังกฤษมีน้อยกว่างานชุดประวัติศาสตร์นิพนธ์ และในทางกลับกัน ดูเหมือนงานชุดนี้ในภาษาไทยจะมีมากกว่าหรืออย่างน้อยก็เป็นที่รู้จักกันมากกว่าประวัติศาสตร์นิพนธ์ จนเมื่อต้นปีนี้เองที่อาจารย์ธงชัยพิมพ์หนังสือใหม่เล่มหนึ่งว่าด้วยความทรงจำ 6 ตุลาฯ ชื่อ Moments of Silence: The Unforgetting of the October 6, 1976, Massacre in

Bangkok (Thongchai, 2020) แน่นอนว่าหนังสือเล่มนี้ใหม่เกินกว่าที่ผมจะตามอ่านได้ทัน แต่เท่าที่รู้ งานเล่มนี้ของอาจารย์ไม่เพียงอาศัยการศึกษาเอกสารทางประวัติศาสตร์ แต่ยังใช้วิธีการสัมภาษณ์ประสบการณ์และความทรงจำของผู้มีส่วนเกี่ยวข้องทั้งผู้ก่อการและผู้เป็นเหยื่อ ทำให้ผลงานนี้แตกต่างจากการศึกษาทางประวัติศาสตร์ทั่วไป ที่สำคัญคือ ในฐานะที่อาจารย์เองเป็นผู้มีส่วนเกี่ยวข้องในเหตุการณ์ด้วย การต้องเผชิญหน้ากับผู้คนเหล่านั้น ทั้งที่เคยอยู่ข้างเดียวกันและคนละข้างกัน น่าจะก่อให้เกิดความกระอักกระอ่วนและความยากลำบากในการทำวิจัยและการเขียนเป็นอย่างยิ่งด้วยเช่นกัน

ผมคิดว่าประเด็นสำคัญอีกประเด็นหนึ่งของงานชุดนี้อยู่ที่การศึกษาอดีตในฐานะที่เป็น “ความทรงจำ” (memory) มากเท่ากับหรืออาจจะมากกว่าที่มันเป็น “ข้อเท็จจริงทางประวัติศาสตร์” (historical fact) ความแตกต่างระหว่างการศึกษาสองแบบนี้อยู่ที่ การศึกษาความทรงจำไม่ได้มองว่าอดีตจะเป็นข้อเท็จจริงอย่างตรงไปตรงมาหรือไม่ จะผิดหรือถูกหรือไม่ แต่อดีตก่อให้เกิดความทรงจำ การก่อเกิดความทรงจำไม่ได้เพียงจดจำ แต่ยังหลงลืมไปพร้อมกันด้วย ที่สำคัญคือการจำและการลืมไม่ได้เกิดจากเงื่อนไขทางจิตวิทยาหรือเงื่อนไข

ทางกายภาพของสมอง แต่เกิดจากกระบวนการทางสังคมและการเมืองที่จะเลือกสร้างและลบเลือนความจำและการลืมอย่างไร อย่างไรก็ดี ไม่ใช่อดีตทุกประเภทที่จะอยู่ในวังวนของการจำและลบเลือน หากแต่อดีตแบบ 6 ตุลาฯ เป็นอดีตประเภทที่ก่อให้เกิด "บาดแผลในใจ" (trauma) จึงเป็นอดีตแบบหนึ่งที่ผู้คนและสังคมกระอักกระอ่วนที่จะจำหรือลืม อาจารย์ธงชัยเชื่อมโยงประเด็นนี้เข้าสู่ประสบการณ์เลวร้ายทางสังคมขนาดกว้างในระดับภูมิภาคและระดับโลกในบทความ Remembering/Silencing the Traumatic Past ว่า

"ต่างจากเหตุการณ์ที่เป็นบาดแผลในใจซึ่งรู้จักกันดีกรณีอื่นๆ เช่นโฮโลคอสต์หรือการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ในกัมพูชา ซึ่งผู้รอดชีวิตจำนวนมากได้ทำให้ความทรงจำส่วนบุคคลของพวกเขากลายเป็นเรื่องสาธารณะ แต่เหตุสังหารหมู่ปี 2519 ในประเทศไทยได้ก่อบาดแผลในใจของสังคม<u>พวกเรา</u> จนร่วม 20 ปีผ่านมาก็ยังคงมีแต่ความเงียบเกี่ยวกับเหตุการณ์ บางทีด้วยเหตุที่จำนวนประชาชนที่เกี่ยวข้องกับเหตุการณ์ในระดับบุคคลอาจมีค่อนข้างน้อย การสังหารหมู่ที่ธรรมศาสตร์อาจถูกนำไปเทียบกับการสังหารหมู่ในปี 2511 ที่นครเม็กซิโก หรือเหตุการณ์ "2/28" ปี 2490 ในไต้หวัน แล้วในกรณี

เหล่านั้น ต้องใช้เวลาอีกหลายทศวรรษกว่าที่ความเงียบจะถูกทลาย และการไต่สวนอย่างเต็มรูปเกี่ยวกับเหตุการณ์ก็ยังไม่ได้รับการรวบรวมขึ้นมา” (Thongchai, 2002: 245 ขีดเส้นใต้เน้นโดยผู้เขียน)

อีกตอนหนึ่งที่อาจารย์ธงชัยกล่าวเชื่อมกรณีนี้กับที่อื่นคือในตอนท้ายบทความที่ว่า

“ไม่เหมือนกับการสละชีพอย่างที่เทียนอันเหมินในจีน หรือกรณี 8888 ในพม่า ซึ่งได้รับการจดจำเนื่องจากอุดมคติต่างๆ ของการต่อสู้เหล่านั้นยังคงไม่ได้รับการตอบสนอง แต่ฝ่ายก้าวหน้าของไทยกลับได้รับการพิสูจน์แล้วว่าประสบกับความล้มเหลว” (Thongchai, 2002: 278)

ความทรงจำเกี่ยวกับอดีตที่ก่อบาดแผลในใจคนจึงไม่ได้เป็นเรื่องเฉพาะแต่เพียงในสังคมไทย บาดแผลลักษณะนี้เกิดร่วมกันในหลายๆ สังคม สังคมไทยจึงอาจเรียนรู้ประสบการณ์ร่วมนี้จากสังคมอื่นได้ เพื่อทำความเข้าใจว่า ด้วยเงื่อนไขที่แตกต่างไปอย่างไร ที่ทำให้บางสังคมยอมรับที่จะเปิดปากพูดถึงและสร้างความทรงจำบาดแผลได้ และทำไมบางสังคมอย่างสังคมไทยจึงยังไม่สามารถทำได้ ในบทสนทนาระหว่างผมกับอาจารย์ธงชัย ซึ่งจะเล่าในลำดับถัดไป อาจารย์ได้เชื่อมโยงให้

เห็นว่าความสนใจเรื่องประวัติศาสตร์บาดแผลนั้น อาจารย์ได้มาจากการถกเถียงเรื่องนี้ในยุโรปจากกรณีโฮโลคอสต์นั่นเอง อีกส่วนหนึ่งผมเองคิดว่าน่าจะมาจากการที่เพื่อนนักวิชาการที่มหาวิทยาลัยวิสคอนซิน–แมดิสันในขณะที่อาจารย์ไปร่วมงานอยู่นั้นหลายคนศึกษาเรื่องความรุนแรง เรียกได้ว่าอาจารย์ไปอยู่ในช่วงเวลาที่มหาวิทยาลัยวิสคอนซินกลายเป็นสกุลของการศึกษาความรุนแรงไปเลยทีเดียว มีทั้งคนที่ทำเรื่องเอเชียใต้ (อัลเฟรด แม็คคอย นักประวัติศาสตร์) เอเชียตะวันออกเฉียงใต้ในหมู่เกาะ (อัลเฟรด แม็คคอย และ เคนเนธ จอร์จ (Kenneth George) นักมานุษยวิทยา) และคนที่ทำเรื่องฝ่ายขวาไทยอีกคนหนึ่ง (แคทเธอรีน บาววี่ (Katherine Bowie) นักมานุษยวิทยา) คนที่ศึกษาสงครามและความรุนแรงในอเมริกาใต้ (นีล ไวท์เฮด (Neil Whitehead) นักมานุษยวิทยา) และความรุนแรงในรวันดา (สก๊อตต์ สเตราส์ (Scott Straus) นักรัฐศาสตร์) ในบรรยากาศเช่นนี้เองที่น่าจะมีส่วนทำให้การแลกเปลี่ยนทางวิชาการว่าด้วยความรุนแรงที่นั่นมีความเข้มข้นและเรียกร้องให้งานอาจารย์ธงชัยสร้างบทสนทนาทั้งข้ามสาขาวิชาและข้ามพื้นที่ศึกษาอีกด้วย

อย่างไรก็ดี น่าสังเกตว่า เมื่อเขียนถึง 6 ตุลาฯ ในฐานะประวัติศาสตร์บาดแผล อาจารย์ธงชัยก็ไม่ได้รักษาระยะห่างจากเรื่องราวที่อาจารย์ศึกษา สังเกตได้จากการใช้สรรพนามแสดงความเป็นเจ้าของด้วยคำว่า “พวกเรา” ในย่อหน้าข้างต้นที่ยกมา นี่แสดงว่าอาจารย์นับตนเองว่าเป็นส่วนหนึ่งของการได้รับบาดแผลนี้ แม้ในงานเขียนทางวิชาการที่ต้องพยายามรักษาความเป็นกลางอย่างยิ่งก็ตาม

นอกเหนือจากความรู้เรื่องภูมิศาสตร์และความทรงจำบาดแผลแล้ว การเข้าใจสังคมไทยอย่างเชื่อมโยงกับภูมิภาคและสังคมโลกยังแสดงให้เห็นในงานศึกษาเรื่องศาสนาและผลงานกลุ่มใหญ่อีกชุดหนึ่งคือการวิเคราะห์การเมืองไทยหลังรัฐประหาร 2549 ซึ่งผมคงไม่อาจกล่าวถึงในที่นี้ได้ แต่ที่น่าสนใจอีกกลุ่มหนึ่งคือการศึกษาเรื่องกฎหมาย ที่ส่วนหนึ่งผมเคยฟังอาจารย์นำเสนออย่างมีพลังมาแล้วในการประชุมของสมาคมไทยศึกษาประเทศญี่ปุ่น และน่าจะได้รับการขยายความให้แหลมคมลุ่มลึกยิ่งขึ้นในการปาฐกถาครั้งนี้ สำหรับอาจารย์เอง อาจารย์มองว่าเรื่องเหล่านี้อยู่ในโครงการที่เกี่ยวกับการศึกษาความเป็นสมัยใหม่ในสยาม ดังจะกล่าวถึงในตอนบทสนทนาต่อไป

3) การเมืองของความรู้ประวัติศาสตร์และมานุษยวิทยา

งานอีกสองกลุ่มที่ผมคิดว่า นอกจากจะทำในสิ่งที่เสนอมาข้างต้นแล้ว อาจารย์ธงชัยยังบุกเบิกการศึกษาประวัติศาสตร์นิพนธ์ (historiography) และชาติพันธุ์นิพนธ์ (ethnography) ในแบบที่ยังไม่ได้ทำกันมาก่อนในไทยอย่างสำคัญ ผลงานที่แสดงให้เห็นได้แก่ "พระมหาธรรมราชา ผู้ร้ายในประวัติศาสตร์ไทย" (ธงชัย, 2533) ซึ่งผมคิดว่าคงเป็นที่คุ้นเคยกันอย่างดีแล้วในแวดวงวิชาการไทย ก็เลยจะขอกล่าวถึง The Changing Landscape of Thai History (1995) และ The Other Within (2000) แทน

ผมอ่านบทความ Modern Historiography in Southeast Asia (Thongchai, 2014c [พ.ศ. 2557]) "ประวัติศาสตร์ไทยแบบราชาชาตินิยม" (2544) The Changing Landscape of Thai History (1995 [พ.ศ. 2538]) ว่าเป็นงานเขียนที่ต่อเนื่องกัน แม้ว่างานชิ้นที่ว่าด้วยการเปลี่ยนภูมิทัศน์ประวัติศาสตร์ไทยจะออกมาก่อนแต่ก็กลับศึกษาประวัติศาสตร์นิพนธ์ยุคหลังคือกลางถึงปลายศตวรรษที่ 20 มากกว่างานสองชิ้นแรกที่ว่าด้วยประวัติศาสตร์นิพนธ์ไทยยุคแรกเริ่มเมื่อปลายศตวรรษที่ 19

ต่อต้นศตวรรษที่ 20

ประเด็นสำคัญจากงานเหล่านี้คือการทำให้ "งานวิชาการ" กลายเป็น "เรื่องแต่ง" เส้นกั้นระหว่างความจริงกับเรื่องที่สร้างขึ้นถูกทำให้พร่ามัว หากแต่ที่สำคัญคือ การเล่าเรื่องในแบบวิชาการของแต่ละยุคสมัยนั้น มีทั้งลีลาการเล่าและเนื้อหาที่แตกต่างกัน การจะเข้าใจเรื่องเล่าอดีตของแต่ละยุคสมัยจึงต้องเข้าใจด้วยว่า เพราะเหตุทางสังคมและการเมืองอย่างไรจึงทำให้เรื่องเล่าแตกต่างกัน แน่นอนว่างานกลุ่มนี้มีความเชื่อมโยงกับงานวิชาการสากลในกลุ่มของ "ฟูโกเดียน" (Foucauldian หรืองานเขียนใต้อิทธิพลของ มิเชล ฟูโกต์) ที่วิเคราะห์การผลิตสร้างความรู้ภายใต้เงื่อนไขทางสังคม และความรู้เหล่านี้เองก็เป็นเครื่องมือทางการเมือง พร้อมทั้งมีอำนาจทางการเมือง ในการจัดวาง กะเกณฑ์คนและความจริง ตลอดจนมีส่วนในการสร้างปฏิบัติการทางสังคม จากความเข้าใจทางประวัติศาสตร์และสังคมวัฒนธรรมอย่างหนึ่ง (White, 1973; Clifford and Marcus, 1986)

อีกประเด็นหนึ่งที่มีร่วมกันในงานเขียนกลุ่มนี้คือ การชี้ให้เห็นว่า ในขณะที่มักอวดอ้างว่าสยามไม่เคยตกเป็นเมืองขึ้นของตะวันตกนั้น ชนชั้นนำสยามเองนั่นแหละที่เป็นเจ้าอาณานิคม

เหนือดินแดนในอาณาจักรสยามยุคสมบูรณาญาสิทธิราชย์ แล้วความสัมพันธ์นี้เองที่สร้างประวัติศาสตร์และมานุษยวิทยาในปลายศตวรรษที่ 19 และต้นศตวรรษที่ 20 ขึ้นมา ดังเช่นใน The Other Within ที่กล่าวว่า

"การสร้างงานเขียนทางชาติพันธุ์นิพนธ์ (ethnographic construction) นั้น กล่าวโดยทั่วไปแล้ว นับเป็นส่วนหนึ่งของโครงการของเจ้าอาณานิคมในการสร้างและควบคุมคนอื่นของชาวตะวันตก ควบคู่กันไปกับกิจการของเจ้าอาณานิคม ชนชั้นปกครองสยามก็มีโครงการที่คู่ขนานกันไปของพวกเขาเอง เป็นโครงการที่ตอกย้ำความเหนือกว่าของพวกเขา และดังนั้นจึงให้ความชอบธรรมกับการมีอำนาจของพวกเขาเหนือพื้นที่ส่วนที่เหลือในประเทศ ภายในขอบเขตของพรมแดนรัฐที่เกิดขึ้นใหม่" (Thongchai, 2000a: 41 แปลโดยผู้เขียน)

กล่าวคือ การเขียนเรื่องราวเกี่ยวกับกลุ่มคนต่างๆ นั้นเป็นส่วนหนึ่งของการสร้างอาณานิคมสยามเหนือดินแดนภายในประเทศ ด้วยการสร้างภาพความเหนือกว่าของชนชั้นปกครองสยามในกรุงเทพฯ เพื่อให้การมีอำนาจเหนือกว่านั้นเป็นผลมาจากความเป็นจริงทางสังคมที่พวกตนมีพัฒนาการเหนือกว่าไม่ใช่มาจากการข่มเหงด้วยอำนาจทางการเมืองเพียงเท่านั้น

ที่กล่าวไว้ชัดกว่านี้คือในบทความ Siam's Colonial Condition (Thongchai, 2011) ซึ่งมีเนื้อหาสอดคล้องกับบทความ "ประวัติศาสตร์ไทยแบบราชาชาตินิยม" (2544) ว่า การเขียนประวัติศาสตร์ไทยของชนชั้นปกครองนั้น พยายามที่จะกล่าวอ้างถึงความเป็น "ประเทศที่ไม่เคยตกเป็นเมืองขึ้นของใคร" ด้วยการปิดบังอำพรางความจริงที่ว่า

"การยึดครองดินแดนของจักรวรรดินิยมสยาม เหนือบรรดาดินแดนประเทศราช [ล้านนา ลาว และปาตานี] เป็นส่วนหนึ่งของกระบวนการสร้างชาติสยามภายใต้เงื่อนไขของอาณานิคมอำพราง (crypto-colonial condition) พร้อมๆ กับการเป็นเจ้าอาณานิคม (coloniser) เสียเองในกระบวนการเดียวกัน" (Thongchai, 2011: 30 แปลโดยผู้เขียน)

การเขียนประวัติศาสตร์ให้ดูสมจริง ด้วยลีลาของความเป็นวิทยาศาสตร์นั้น จึงทำเพียงเพื่อกลบเกลื่อนความจริงของการที่สยามนั้น ด้านหนึ่งอยู่ในสภาวะอาณานิคมอำพราง โดยเฉพาะอย่างยิ่งเรื่องการเสียสิทธิสภาพนอกอาณาเขต ส่วนอีกด้านหนึ่งนั้นก็ยึดเอาประเทศราชที่เคยเป็นอิสระและขึ้นต่อสยามเพียงในฐานะที่ต้องส่งบรรณาการให้ ให้กลายมาเป็นส่วนหนึ่ง อยู่ใต้อำนาจการปกครองอย่างเบ็ดเสร็จของสยาม สยาม

จึงทำกับประเทศราชตนเอง อย่างไม่แตกต่างอะไรกับที่ประเทศตะวันตกทำกับประเทศอาณานิคมของตนเอง

อย่างไรก็ดี เมื่ออาจารย์อ่านการเขียนประวัติศาสตร์ไทยยุคก่อนและหลังการเปลี่ยนแปลงทางการเมืองในทศวรรษ 1970 เป็นต้นมา ในบทความ The Changing Landscape (Thongchai, 1995) อาจารย์ชี้ให้เห็นอีกว่า การกระจายอำนาจที่มีความเป็นประชาธิปไตยมากขึ้น ได้ก่อให้เกิดประวัติศาสตร์-นิพนธ์แบบใหม่ที่มีลักษณะกระจายจากศูนย์กลางไปสู่ท้องถิ่นต่างๆ มากขึ้น อย่างไรก็ดี ท้องถิ่นนิยมที่อาจารย์พบก็มีหลายลักษณะ ไม่ว่าจะเป็นท้องถิ่นนิยมที่ยังคงความเป็นชาตินิยมอยู่สูง และในท้ายที่สุด "กลายเป็นปัจจัยสำคัญที่สนับสนุนการรัฐประหารในปี 2549" (Thongchai, 2008: 575) ดังนั้นจึงกล่าวได้ว่า ไม่ว่าจะชนชั้นปกครองหรือปัญญาชนชนชั้นกลาง ต่างก็สร้างประวัติศาสตร์ขึ้นมาแบบใดแบบหนึ่ง ด้วยเป้าประสงค์หรือเพื่อสนองต่ออุดมการณ์ทางการเมืองอย่างใดอย่างหนึ่งทั้งสิ้น ดังนั้น ในผลงานชุดนี้ อาจารย์ธงชัยจึงแสดงให้เห็นอย่างชัดเจนว่า งานประวัติศาสตร์และมานุษยวิทยา หรืออาจกล่าวได้ว่า มนุษยศาสตร์และสังคมศาสตร์ จึงเป็นทั้งงานแสวงหาความรู้ และงานสร้างความจริง ที่ไม่เคยหลุดลอดออก

ไปจากโครงครอบทางการเมืองที่ผลงานเหล่านั้นถูกผลิตขึ้นมา

อย่างไรก็ดี ผมเชื่อว่า แม้อาจารย์ธงชัยจะถอดรื้อและชี้ให้เห็นความเป็นการเมืองของงานวิชาการประวัติศาสตร์หรือมานุษยวิทยา แต่ก็ไม่ใช่ว่าอาจารย์จะไม่เลือกสร้างงานวิชาการทางประวัติศาสตร์ที่นำเสนอภาพแทนอดีตขึ้นมาอีกแบบแต่อย่างใด เพราะพร้อมๆ กับการนำเสนอการสร้างอดีตของชนชั้นนำและปัญญาชนชนชั้นกลางไทยแล้ว อาจารย์ก็ยังมักจะแทรกภาพที่ขัดกัน ด้วยข้อเท็จจริงและมุมมองอีกชุดหนึ่งที่แตกต่างออกไป เพื่อกระตุกให้ผู้อ่านทั้งสงสัยกับงานเขียนที่มีอิทธิพล ไปพร้อมๆ กับเรียนรู้อดีตอีกมุมหนึ่งด้วย ยิ่งไปกว่านั้น ผมคิดว่าการทำงานทางประวัติศาสตร์ของอาจารย์ธงชัยไม่ได้เป็นเพียงงานวิชาการเพื่อความรู้ทางวิชาการแบบหอคอยงาช้างแบบที่บางครั้งอาจารย์เองก็เรียกร้องอยากให้นักวิชาการไทยทำอย่างนั้นบ้าง หากแต่งานวิชาการของอาจารย์เป็นงาน “วิชาการเพื่อพันธกิจทางการเมือง” ดังที่จะกล่าวถึงในหัวข้อถัดไป

4) วิชาการเพื่อพันธกิจทางการเมือง

หากกล่าวเฉพาะงานศึกษาประวัติศาสตร์ไทย ผมว่างานศึกษาประวัติศาสตร์ไทยของอาจารย์ธงชัยยังมีอีก 3 ชุดแนวคิด ชุดหนึ่งว่าด้วยความรุนแรงโดยตรง อีกชุดหนึ่งว่าด้วยประวัติศาสตร์นิพนธ์ และอีกชุดหนึ่งยังคงอยู่กับการทำความเข้าใจสังคมไทยผ่านผลกระทบจากความรุนแรงทางการเมืองในวันที่ 6 ตุลาคม 2519 ส่วนนี้ผมอยากจะเรียกว่าเป็น "ประวัติศาสตร์เพื่อพันธกิจทางการเมือง" ซึ่งเป็นงานวิชาการที่ทำความเข้าใจชุดความคิดเบื้องหลังความรุนแรงในวันที่ 6 ตุลาฯ

"ความมุ่งมั่นในการศึกษานี้ได้รับแรงบันดาลใจจากและเพื่อเป็นการอุทิศให้แด่ เพื่อนๆ ผู้สูญเสียชีวิตไป ผู้ซึ่งได้รับบาดเจ็บทางร่างกายและจิตใจ และอีกหลากหลายคนที่ชีวิตของพวกเขาได้รับผลสะเทือนจากการสังหารหมู่ในวันพุธที่ 6 ตุลาคม 2519 ที่มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ในกรุงเทพฯ ความมุ่งมั่นนี้มีค่าเพียงเล็กน้อยเมื่อเทียบกับการเสียสละของพวกเขาเหล่านั้น" (Thongchai, 1994:xv แปลโดยผู้เขียน)

ข้อความนี้มาจากกิตติกรรมประกาศในหนังสือ Siam Mapped ผมเคยถามอาจารย์ว่า "พูดแบบนี้ได้ไหมว่า โครงการศึกษาประวัติศาสตร์ไทยของอาจารย์ คือการพยายามทำความเข้าใจว่า อะไรกันแน่คือโครงสร้างทางความคิดที่ทำให้เกิดเหตุรุนแรงในวันนั้น" อาจารย์ธงชัยไม่ได้ตอบว่า "ใช่" ตรงๆ แต่ก็ไม่ได้ปฏิเสธว่า "ไม่ใช่" เสียทีเดียว ผมจึงเชื่อมาโดยตลอดว่า การศึกษาประวัติศาสตร์ไทยของอาจารย์นั้น ส่วนหนึ่งก็เพื่อเข้าใจถึง "การสร้างความจริงผ่านวาทกรรม" (discursive construction) (Foucault, 1977, 1978) ซึ่งเป็นแนวคิดหลักในหนังสือ Siam Mapped ดังที่ตอนหนึ่งของคำนำ Siam Mapped กล่าวว่า

"แม้กระทั่งการบ่งบอกถึงความเป็นชาติที่แข็งกระด้างที่สุด อย่างเช่นพรมแดนของชาติ รวมทั้งคุณค่าและปฏิบัติการที่เกี่ยวข้องกับชาติ ซึ่งทั้งหมดนั่นผมเรียกว่า 'ภูมิกายา' (geo-body) ก็ล้วนถูกสร้างขึ้นมาด้วยวาทกรรม" (Thongchai, 1994: x เน้นและแปลโดยผู้เขียน)

ในบทสุดท้ายของหนังสือเล่มเดียวกันนี้ ความเข้าใจเรื่องแผนที่ได้ถูกผูกโยงนำมาใช้อธิบายเหตุการณ์ปัจจุบัน โดยเฉพาะอย่างยิ่งเหตุการณ์ความรุนแรงทางการเมืองในยุค

สงครามเย็นได้อย่างเหมาะเจาะ "ภูมิกายา" ได้สร้างความเป็น "เรา–เขา" หรือสร้าง "คนอื่น" หรือ "คนนอก" ขึ้นมาจากเส้นแบ่งของแผนที่ ในช่วงสงครามเย็น

"คอมมิวนิสต์เป็นศัตรูหมายเลขหนึ่งของชาติ ศาสนา (พุทธ) และพระมหากษัตริย์ ... ในทศวรรษ 1970 เมื่อแนวคิดคอมมิวนิสต์แพร่หลายและนักศึกษาชนชั้นกลางไทยจำนวนมหาศาลเข้าร่วมกับพรรคคอมมิวนิสต์ ทว่า หนึ่งในการโฆษณาชวนเชื่อที่ดำเนินมาต่อเนื่องคือการเชื่อมสังคมนิยมคอมมิวนิสต์ และฝ่ายซ้าย เข้ากับภัยคุกคามจากภายนอก ผลก็คือนักศึกษาเหล่านี้ถูกมองว่าเป็น "ผู้ถูกล่อลวง" หรือเป็น "เด็กๆ ผู้ถูกล่อลวง" (โดยคอมมิวนิสต์? โดยผู้เป็นอื่น?) ซึ่งเป็นประเภทคนที่สร้างขึ้นมาแบ่งแยกความเป็นไทยออกจากความเป็นอื่น" (Thongchai, 1994: 170 แปลโดยผู้เขียน)

อาจารย์ธงชัยเชื่อมโยงให้เห็นต่อไปว่า ตำรวจตระเวนชายแดนคือกองกำลังสำคัญของรัฐกองกำลังหนึ่งในการต่อสู้กับคอมมิวนิสต์ในชนบท พวกเขาถือว่าเป็นผู้ปกป้องความเป็นไทยให้พ้นจากภัยคุกคามของศัตรูของชาติ และอย่างที่เรารู้กันว่า

"พวกเขาคือกองกำลังสำคัญที่ถาโถมเข้าไปในมหาวิทยาลัยที่ตั้งอยู่ใกล้พระบรมมหาราชวังในกรุงเทพฯ ใน

เหตุการณ์สังหารหมู่วันที่ 6 ตุลาคม 2519” (Thongchai, 1994: 170 แปลโดยผู้เขียน)

เมื่อวางในบริบทของงานเช่นนี้ ข้อเท็จจริงที่เราทราบกันก็ถูกเชื่อมเข้ากับบทวิเคราะห์การสร้างอุดมการณ์ความเป็นเราเป็นเขาให้กับคนไทยผ่านการสร้างความจริงเรื่องแผนที่ได้อย่างแนบสนิท และนั่นชี้ให้เห็นได้อย่างชัดเจนว่า อาจารย์ธงชัยได้เชื่อมโยงให้เห็นว่า ความเข้าใจกระบวนการสร้างความเป็นไทยในอดีต ส่งผลต่อเหตุการณ์ในยุคหลังได้อย่างไร

ในงานหลายชิ้นต่อมา แม้ว่าจะไม่ได้เป็นการศึกษาถึงการสร้างความจริงขึ้นมาแบบหนังสือเล่มนี้ (Siam Mapped) ที่ศึกษาการสร้างความจริงว่าด้วยความเป็นชาติผ่านการสร้างความจริงเรื่องแผนที่ แต่แรงบันดาลใจ หรือสิ่งที่อาจจะเรียกได้ว่าเป็น “พันธกิจทางการเมือง” สำคัญที่สืบเนื่องมาก็คือ การทำงานเพื่อเปิดเผยให้เห็นถึงเงื่อนงำทางวัฒนธรรมที่ครอบงำสังคมไทยจนกำกับให้เกิดแนวปฏิบัติบางอย่างที่คนในประเทศนี้หลงเชื่อกันว่าคือความเป็นไทย หรือกระทั่งหลงเชื่อกันว่าคือแนวปฏิบัติที่ต้องทำตามและสืบทอดกันต่อไปอย่างไม่ต้องสงสัย งานศึกษาในลักษณะนี้ที่ผมว่าเป็นการเปิดเผยถึงโครงสร้างความคิด/วาทกรรม/วัฒนธรรม/อุดมการณ์

ของความเป็นไทย ยกตัวอย่างเช่นบทความที่เสนอในโอกาสเกษียณอายุ อาจารย์ชาญวิทย์ เกษตรศิริ ชื่อ "ประวัติศาสตร์ไทยแบบราชาชาตินิยม" (ธงชัย, 2544) ซึ่งเป็นงานที่ได้รับการอ้างอิงและวิพากษ์วิจารณ์อย่างมากชิ้นหนึ่ง ในตอนเปิดบทความ อาจารย์ธงชัยกล่าวว่า

"ปัญหาไม่ใช่ว่าคนไทยไม่สนใจ ไม่รู้ประวัติศาสตร์อย่างที่มีการกล่าวกัน แต่อยู่ที่ว่าเขารู้อะไร อุดมการณ์ทางประวัติศาสตร์ที่ครอบงำสังคมไทยเป็นอย่างไร จึงไม่มีพื้นที่สำหรับอดีตอย่าง 6 ตุลาฯ ในวันนี้ผมขอให้เราลองพิจารณาว่าประวัติศาสตร์ไทยที่ติดกันงอมแงม เป็นยากล่อมประสาททั้งบ้านทั้งเมืองมีลักษณะอย่างไร โดยเฉพาะอย่างยิ่งแม่บทประวัติศาสตร์ไทย (the master narrative of Thai history) ซึ่งขอเรียกว่าประวัติศาสตร์แบบราชาชาตินิยม (royal-national history)" (ธงชัย, 2544: 57)

ประวัติศาสตร์ที่ครอบงำอยู่ หรือที่ "กล่อมประสาท" อยู่นี่เองที่จำเป็นจะต้องได้รับการเปิดเผยให้เห็นถึงกลไกการผลิตสร้างขึ้นมา เพื่อที่จะรื้อถอน แล้วสร้างประวัติศาสตร์แบบใหม่ที่ช่วยให้เกิดความเข้าใจต่อสังคมแบบใหม่ และเพื่อสร้างเงื่อนไขของความสัมพันธ์แบบใหม่ที่คำนึงถึงความเสมอหน้ากันของ

สังคมมากขึ้น และผมเชื่อว่างานที่อาจารย์จะนำเสนอในปาฐกถาป๋วยฯ ปีนี้นั้น ก็เป็นส่วนหนึ่งของโครงการ "ประวัติศาสตร์เพื่อพันธกิจทางการเมือง" ที่ว่านี้เช่นกัน

ในแง่นี้ ผมอยากเสนอว่า งานวิชาการที่อาจารย์เอ่ยอ้างในบางครั้งว่าอยากให้นักวิชาการไทยทำงานในระดับ "หอคอยงาช้าง" บ้างนั้น ผมคิดว่าเอาเข้าจริงแล้วไม่ใช่ว่าการทำงานหอคอยงาช้างของอาจารย์ธงชัยจะแยกขาดจาก "พันธกิจสำคัญ" คือการถอดรื้อประวัติศาสตร์ความคิดแบบไทยที่ชักนำให้เกิดความรุนแรง งานวิชาการที่ดูลอย สูงส่ง ไกลจากสังคมถึงท้ายที่สุดแล้วก็ทำเพื่อตอบโจทย์ของสังคม เกี่ยวพันกับสังคมเป็นประเด็นสาธารณะอยู่นั่นเอง อันที่จริงผมก็สงสัยอยู่เหมือนกันว่า อย่าว่าแต่งานของอาจารย์ธงชัยจะไม่ถึงกับหลุดลอยจากสังคมขนาดนั้นเลย ผมสงสัยว่ามีงานวิชาการที่สูงส่งชิ้นใดหรือที่จะไม่ก่อให้เกิดบทสนทนากับสังคมที่นักวิชาการคนนั้นนับว่าตนเองเป็นสมาชิกอยู่ด้วย ไล่เรียงมาได้เลยจากนักปรัชญาจนถึงนักประวัติศาสตร์ นักมานุษยวิทยา นักเศรษฐศาสตร์ หรือแม้แต่นักภาษาศาสตร์ คงมีนักคณิตศาสตร์บางคนเท่านั้นแหละที่จะหลุดลอยจากโลกและมนุษย์ไปบ้างจริงๆ

ไม่ว่าจะเป็นการทำงานข้ามพรมแดนจากประวัติศาสตร์ไทย ไปประวัติศาสตร์ภูมิภาคและประวัติศาสตร์สากล และการถอดรื้อประวัติศาสตร์และมานุษยวิทยา ไปจนพัวพันกับพันธกิจทางการเมือง การทำงานทางวิชาการ เหล่านี้ทั้งหมดทำให้งานของอาจารย์ธงชัยมีลักษณะที่ไม่หลงเหลือคำศัพท์แบบมาร์กซิสม์ในการทำงานทางวิชาการอยู่อีกเลย และทำให้กล่าวได้ว่า อาจารย์ธงชัยพาแวดวงวิชาการไทยไปข้างหน้าอย่างชนิดที่เราเองทั้งในฐานะคนที่อยู่ในประเทศไทย และคนรุ่นหลังอาจารย์ธงชัย ก็ไม่น่าที่จะเดินหวนย้อนทางกลับไปก่อนหน้าอาจารย์ธงชัยอีก ส่วนจะไปต่อหรือก้าวข้ามไปได้ไกลแค่ไหนคงต้องรอสักพักจนได้เห็นตัวตนของงานวิชาการหลังยุคธงชัย วินิจจะกูล และนักวิชาการหลัง 6 ตุลาฯ กันข้างหน้าต่อไป

ที่บอกเล่าด้วยตนเอง

เมื่อรู้ว่าจะได้รับเกียรติให้เขียนและกล่าวแนะนำอาจารย์ธงชัยในปาฐกถาป๋วยฯ ครั้งนี้ ผมทั้งตื่นเต้นและเกร็งไปหมด วิธีหนึ่งที่ผมทำตามความคุ้นเคยในแบบของการเป็น

นักมานุษยวิทยา ก็คือการพูดคุยกับเจ้าของเรื่องราว เพื่อฟังเรื่องราวของเขาจากปากคำของเขาเอง เรื่องเล่าต่อไปนี้ส่วนหนึ่งน่าจะเป็นของตัวอาจารย์ธงชัย อีกส่วนคงมาจากผมที่เป็นผู้ตั้งคำถาม จดบันทึก และนำมาเล่าซ้ำ

ผมนัดอาจารย์ธงชัยคุยที่ร้านกาแฟในศูนย์การค้าใกล้มหาวิทยาลัยแห่งหนึ่งแถวสามย่าน เมื่อวันที่ 29 กรกฎาคม 2562 ผมมาถึงก่อนเล็กน้อย เมื่ออาจารย์มาถึง หลังจากทักทายกันแล้วอาจารย์ก็เดินไปซื้อกาแฟกลับมานั่งเก้าอี้ตรงข้ามผม แล้วเราก็เริ่มคุยกันไปจิบกาแฟกันไป ได้บรรยากาศคล้ายๆ ตอนนัดคุยกันที่ร้านกาแฟสมัยเราทั้งคู่ยังอยู่ที่แมดิสัน

อาจารย์ลองเริ่มเล่าคร่าวๆ จากตอนอยู่บ้านที่ท่าพระจันทร์ครับ ที่อาจารย์เคยเล่าว่าเป็นร้านขายข้าวมันไก่

“บ้านเดิมผมอยู่ที่ท่าพระจันทร์ บ้านเลขที่ 79 (ตรงตรอกริมน้ำ) กระทั่งผนังห้องแถวนั้น ตอนหลังที่ผมไปดูเขายังเป็นผนังเดิมอยู่เลย ครอบครัวผมอยู่ที่นั่นกันจนกระทั่งผมออกจากคุกหลัง 6 ตุลา (ปี 2521) ก่อนย้ายไปฝั่งธนฯ พอออกจากคุกก็เรียนอีก 2 ปีครึ่ง จบปี 23–24 จบแล้วทำงาน... (บริษัทแห่งหนึ่ง) และเป็นผู้ช่วยวิจัยอาจารย์... จากนั้นก็ขอทุนไปเรียนต่อออสเตรเลีย (มหาวิทยาลัยซิดนีย์) ผมขอไปที่อเมริกาไม่มีใคร

รับเลย อาจารย์...บอกว่า ‘คะแนน TOEFL คุณน้อยไป’ ส่วนที่ออสเตรเลียตอบรับ แต่บอกให้สอบใหม่ ก็เลยขอเงินที่บ้านไปเรียนที่โน่น 10 สัปดาห์ ก็สอบได้

“ไปเรียนอยู่ 6 ปีกว่า แต่มาวิจัยที่กรุงเทพฯ ปีนึง จนจบปี 1988 (2531) พอดีที่ธรรมศาสตร์ อาจารย์...ลาออก ผมก็เลยสอบเข้าแล้วได้งาน สอนได้ 3 ปี พอวิสคอนซินตอบรับ ตอนสมัคร แม็คคอยโทรมาเองเลย เขาบอกให้ไปสัมภาษณ์ ทางโน้นออกค่าเครื่องบิน ค่าใช้จ่ายทั้งหมด 4 วันให้ พอเขาตอบรับ ผมขอให้เขา defer (ประวิงเวลา) ปีนึงเพราะยังไม่พร้อม จากนั้นก็ย้ายไป ตัดสินใจไปเสี่ยงโชค”

อาจารย์เคยเล่าว่า ที่อยากย้ายไปจากเมืองไทยเพราะความอึดอัดใจบางอย่าง อาจารย์ช่วยเล่าอีกทีสิครับว่าตอนนั้นอึดอัดใจอะไร

“ตอนอยู่ไทยปีกว่า ก็อยากลาออกมาก่อนแล้วด้วยซ้ำ เพราะคนมองว่าผมเป็น activist (นักกิจกรรมทางการเมือง) รวมทั้งผมคุยเรื่องวิชาการกับใครไม่ได้เลย ผมไปพูดที่สยามสมาคม ทั้ง ... ... (3 นักวิชาการชื่อดังในสมัยนั้น) ฟังไม่เข้าใจความสำคัญของ Siam Mapped เลย ซึ่งผมเองก็ไม่เห็นความสำคัญพอว่าจะอธิบายเขาเพิ่มเติมอีกได้ยังไง

“แต่คนที่แมดิสันเขาเห็นความสำคัญ อาจารย์เบน (เบเนดิกต์ แอนเดอร์สัน) เห็น อาจารย์เครก (เครก เรย์โนลด์ส (Craig

Reynolds)) เห็น คนที่แมดิสัน (มหาวิทยาลัยวิสคอนซิน–แมดิสัน) มีคนทำเรื่องแอฟริกา ทำเรื่อง identity (อัตลักษณ์) เรื่อง space (พื้นที่) คุยกันสนุกและไปไกลกว่าแค่ Southeast Asia นั่นเป็นแรงผลักให้ออกไป

"ตอนนั้นอยากออกไป อยากเขียนหนังสือ อยากได้หนังสือเล่ม ไม่ได้แคร์ว่าจะได้ tenure (ตำแหน่งประจำ) คิดแค่ว่าไม่เสียอะไรเลย คิดแต่เรื่องครอบครัว ที่จริงการมีลูกไม่ได้คิดมาก ปล่อยให้เป็นไปตามธรรมชาติเพราะก็อยากมีลูก

"ย้ายไปกลางปี 1991 (2534) ตอนนั้นปอย (ลูกสาว) 2 ขวบกว่า ปูน (ลูกชาย) เพิ่ง 2 เดือน

"History Department (ภาควิชาประวัติศาสตร์) ที่นั่นเป็นที่ที่ดี เขา active และไม่ค่อยใช้คนผิดประเภท"

ยังไงนะครับ ที่ว่าไม่ใช้คนผิดประเภท

"เขาใช้นักวิชาการทำงานวิชาการ อย่างผม เขาใช้ให้อ่านหนังสือเป็นหลัก (หมายถึงการเป็นผู้ประเมินผลงานวิชาการ) เป็นกรรมการรับอาจารย์ ไม่ให้ทำงานบริหารเพราะภาษาผมไม่ดี การทำงานบริหารต้องเขียนรายงานเยอะ (ภาษาที่ใช้เขียนรายงานเป็นคนละแบบกับภาษาวิชาการ) แต่เมื่ออ่านหนังสือ ก็เลยได้อ่านงานเยอะมาก อ่านงานนอก area ด้วย จึงเห็นเทรนด์ทางวิชาการทั่วโลก"

อาจารย์ลองเล่าความแตกต่างของการทำงานประวัติศาสตร์ที่โน่นกับที่ไทยหน่อยสิครับ

"งานประวัติศาสตร์ที่นั่นรู้อยู่แล้วว่าต้องใช้หลักฐานเป็น และใช้ concept (แนวคิด) เป็น สำหรับการเข้าใจเรื่องต่างๆ แต่การเล่าเรื่องต้องงดงาม คืองามด้วยการใช้แนวคิด แล้วใช้เพื่อศึกษาข้ามพื้นที่ได้ด้วย"

"ผมมีความเชื่อว่า ถ้าอยู่เมืองไทย ผมเป็น deadwood (ไม้ตายซาก) แน่ๆ คือน่าจะต้านทานการเย้ายวนของการเป็น activist การทำงานการเมืองไม่ได้ แต่ไปอยู่ที่นั่น (ที่แมดิสัน) ได้เรียนรู้ไม่หยุดเป็น 10 ปี

"งานสอนคิดว่ายังเป็นจุดอ่อน เกาะกลุ่ม average (ปานกลาง) ตลอด เพราะถ้าสอนปริญญาตรีทำให้ดีได้ยากมาก เนื่องจากเป็นเรื่องของการใช้ภาษา (อังกฤษ) มากหน่อย ส่วนงานเขียน ผมผลิตงานได้ปีละ 2–3 ชิ้น แต่ที่รู้สึกแย่คือ ยังเขียนหนังสือเล่มที่ 2 ไม่ได้สักที เพราะไม่สามารถ concentrate (รวบรวมสมาธิ) ได้"

แล้วทิศทางงานวิชาการของอาจารย์ อาจารย์คิดว่าเป็นยังไง มีอะไรเปลี่ยนอะไรไม่เปลี่ยนบ้าง

"เรื่อง space (พื้นที่), modernity (ความสมัยใหม่), nationalism (ชาตินิยม) คิดว่าจะทำอะไรต่อหลังจาก Siam

Mapped ตอนนั้น (ตอนแปลงวิทยานิพนธ์เป็นหนังสือเล่ม) ผมตัดบทเรื่องการเขียนประวัติศาสตร์ออก ประเด็นการเปลี่ยนความคิดภูมิศาสตร์ชัดเจนกว่าเรื่องการเขียนประวัติศาสตร์ แต่เพิ่งมาเห็นทีหลังว่าความเปลี่ยนแปลงมันต่างกันอย่างไร ปรัชญาประวัติศาสตร์ไทยยังมีลักษณะของอรรถกถาที่ตอกย้ำชาดกและอภิธรรม (น่าจะเป็นคำพูดในเชิงเปรียบเปรยว่า ไม่ค่อยมีการสร้างข้อถกเถียงกับแนวทางหลักๆ ของเรื่องเล่า)

"แล้วสุดท้าย ผมจึงไปเน้นเรื่อง modernity อย่างประเด็นความศิวิไลซ์ The Other Within ทำให้เรื่อง modernity ชัดขึ้นมาเรื่อยๆ"

ส่วนเรื่อง 6 ตุลาฯ ดูเหมือนอาจารย์มาเขียนทีหลังเรื่องพื้นที่และประวัติศาสตร์นิพนธ์ด้วยซ้ำ ทำไมล่ะครับ

"เขียนเรื่อง 6 ตุลาฯ ตอนงาน 20 ปี 6 ตุลาฯ (ปี 2539) หลังออกจากคุก มีการขอให้ reconciliation (ปรองดอง) ด้วยการปิดปากเลิกพูดเรื่อง 6 ตุลาฯ มีแต่งานในแวดวงมหาวิทยาลัยเท่านั้นที่จะพูดได้ จนพฤษภา 2535 (เหตุการณ์เรียกร้องประชาธิปไตยที่มีการสูญเสียประชาชนอีกครั้ง) คนรู้ว่า 6 ตุลาฯ เสียที่ยืน แต่ 14 ตุลาฯ ตั้งมั่นแล้ว

"พอดีกับที่ในต้นทศวรรษ 1990 (2530) memory studies (การศึกษาเรื่องความทรงจำทางสังคม) เริ่มมีความสำคัญ

ส่วนหนึ่งมาจากช่วงครบรอบปีที่ 50 ของ Holocaust (การสังหารหมู่ของนาซี) และสงครามโลกครั้งที่สอง เมื่อทำเรื่องนี้จบ ตอนหลังอาจารย์ทานาเบ (ชิเกฮารุ ทานาเบ (Shigeharu Tanabe)) และอาจารย์คายส์ (ชาร์ลส์ คายส์ (Charles Keyes)) เห็นว่าพิมพ์เป็นงานได้ จึงได้พิมพ์ออกมา คำว่าประวัติศาสตร์บาดแผล ผมใช้จากที่ สุชาติ สวัสดิ์ศรี ใช้คำว่า 'วรรณกรรมบาดแผล' เขาใช้อย่างประชด"

ผมว่าอาจารย์เป็นคนรุ่นนั้นที่แทบไม่ใช้ศัพท์แสงของมาร์กซิสม์เลย อาจารย์คิดว่าเป็นเพราะอะไร แล้วอะไรที่ทำให้มาสนใจแนวคิดแบบหลังโครงสร้าง (post-structuralism)

"ตอนถกเถียงกันเรื่อง พคท. (พรรคคอมมิวนิสต์แห่งประเทศไทย) แตก ผมก็ติดตามอ่านอยู่ แต่ไม่ได้ไปร่วมเถียงด้วย ผมถือว่าผมอยู่ชายขอบของเครือข่าย พคท. เพื่อนๆ แวะเวียนมาคุยบ้าง แล้วก็หายไป พอกลับมาเก็บข้อมูลในเมืองไทย ปี 2527, 2528 ก็ไม่มีการรวมตัวของเครือข่าย พคท. แล้ว

"แต่ระหว่างอยู่ออสเตรเลีย ผมได้อ่านงาน Western Marxism (อาจารย์เรียกย่อจากชื่อ Consideration on Western Marxism พิมพ์ครั้งแรกปี 1976) ของ Perry Anderson (เพอร์รี แอนเดอร์สัน) หนังสือ The Dialectical Imagination (พิมพ์ครั้งแรกปี 1973) ของ Martin Jay (มาร์ติน เจย์) แล้วไปอ่าน

งานพวก Frankfurt School (สำนักแฟรงค์เฟิร์ต)”

ตอนนั้นอาจารย์อ่านแล้วได้อะไร

“ผมอ่านอย่างเอามาเป็นของผม อ่านแบบช่วยให้คิดอะไร ไม่แคร์ว่าอ่านถูกไหม อ่านแบบให้งานสนทนากับตัวเรา กับเรื่องราว พคท. สะพานผมมี 3 เล่ม หนึ่ง ของ เพอร์รี แอนเดอร์สัน หนังสือ Consideration on Western Marxism สอง งานของ ไอแซ็ก ดูตส์เชอร์ (Isaac Deutscher) เป็นทรอตสเกียน (Trotskyan ผู้ศึกษาแนวคิดของ ลีอง ทรอตสกี (Leon Trotsky)) สาม Dialectical Imagination ของ มาร์ติน เจย์ เล่มนี้ผมตื่นเลยในแง่โลกของความคิด”

“งานพวกนี้ออกมาช่วงทศวรรษ 1980 เป็นรอยต่อระหว่าง Marxism กับ postmodernism ช่วงแรกที่อ่านเกือบแย่ เครก (อาจารย์เครก เรย์โนลด์ส) ช่วยออกแบบให้ไปเรียนเพื่อฝึกภาษาอังกฤษและเพิ่มพื้นความรู้ พออ่านฟูโกต์ ผมก็อ่านงาน commentary (งานที่อธิบายความคิดของนักคิด) แล้วก่อนไปอ่านเล่มจริงของเขา”

แล้วความสนใจทางมานุษยวิทยาล่ะ อาจารย์ได้มาอย่างไร

“anthropology (มานุษยวิทยา) ประวัติศาสตร์ตะวันตก literary criticism (การวิจารณ์วรรณกรรม) feminism (สตรีนิยม) เรื่องภูมิศาสตร์ มาอ่านหลังจากอ่านแนวคิดข้างต้นก่อน”

พัฒนาการของแนวคิดกษัตริย์นิยมและงานของอาจารย์พอจะสรุปได้ว่าอย่างไรครับ

"เรื่อง "ราชาชาตินิยม" คิดตั้งแต่ตอนทำวิทยานิพนธ์ ตอนนั้นคิดเรื่อง plot (โครงเรื่อง) ในการเขียนประวัติศาสตร์แล้ว เรื่อง meta-narrative (มหอรรถาธิบาย) และการที่อุดมการณ์และศาสนาอยู่เบื้องหลังงานเขียนทางประวัติศาสตร์อีกที แต่สุดท้ายแล้วยังไม่ทันได้ articulate (บอกเล่าออกมา)

"จนปาฐกถาปี 2544 (บทความ "ประวัติศาสตร์ไทยแบบราชาชาตินิยม") จึงได้เสนอออกมา จากนั้นผมเขียนเรื่อง "ชัยชนะของเสรีประชาธิปไตยที่มีพระมหากษัตริย์อยู่เหนือการเมือง" ปี 2548 ผมคิด 2 เรื่องนี้มาจากการคิดเรื่อง plot เรื่อง narrative (การบอกเล่าเรื่อง) ที่ทำงานต่อเนื่องมานานแล้ว ผมเถียงกับอาจารย์เครกมานานแล้วว่า ที่อาจารย์เครกมองโครงเรื่องประวัติศาสตร์ไทยเป็น "ชาตินิยมทหาร" นำโดยหลวงวิจิตรวาทการ หรือจะเป็นแบบที่ผมว่าคือ "ชาตินิยมแบบพระราชา" ที่เสนอโดยกรมดำรงฯ (สมเด็จกรมพระยาดำรงราชานุภาพ) มากกว่า"

แล้วอาจารย์คิดอย่างไรกับการที่ขณะนี้มีการวิพากษ์แนวคิดกษัตริย์นิยมมากขึ้นเรื่อยๆ

"(ตอบอย่างรวดเร็วว่า) แนวคิด anti-royalism (ท้าทายกษัตริย์นิยม) ยุคที่แล้วแตกต่างจากยุคปัจจุบัน ยุค พคท. มาจากอุดมการณ์ communism แต่ยุคนี้ถือเป็นปฏิกิริยาต่อ hyper-royalism (กษัตริย์นิยมที่ล้นเกิน) เป็นแนวคิดที่ไม่มีฐานอุดมการณ์ที่ชัดเจน แต่มีฐานมวลชน ส่วนกลุ่มแรกมีฐานอุดมการณ์ แต่ไม่มีฐานมวลชน"

อาจารย์ไปอยู่ญี่ปุ่นมา 3 ปี (2560-62) อาจารย์ทำเรื่องอะไรเป็นหลัก แล้วขณะนี้ (2563) เมื่อกลับไปอเมริกาอาจารย์จะทำอะไร

"กลับไปอเมริกาจะสานต่อเรื่อง modernity ประเด็นนิติรัฐพุทธศาสนา

"ตอนอยู่ญี่ปุ่น เขียนหนังสือเรื่อง 6 ตุลาฯ ที่ตอนนี้พิมพ์แล้ว ... (ตอนนี้อาจารย์เล่าประเด็นในหนังสือประเด็นหนึ่งที่ผมไม่ค่อยเข้าใจ แต่ไม่ทันได้ถามรายละเอียดเนื่องจากหมดเวลาคุยกันแล้ว จึงขอละไว้ไม่เล่าในที่นี้)

"หนังสือเล่มนี้อธิบายเรื่อง 6 ตุลาฯ ว่า silence (ความเงียบ) มันเปลี่ยนไป จากเงียบและกึ่งเงียบ แล้วก็เปลี่ยนไป ทีแรกทำหนังสือเล่มนี้มาถึงปี 2006 (2549) แล้วหยุดไป ตอนหลังกลับมาทำต่อแล้วเข้าใจอะไรต่างๆ มากขึ้น ตอนไปญี่ปุ่น ก็กลัวว่าจะไม่กล้าเขียน แต่ลาออกจากมหาวิทยาลัยวิสคอนซินเพราะเขียนหนังสือเล่มที่ 2 ไม่ได้ รู้สึกละอาย แต่

ตอนนี้หนังสือเสร็จแล้ว รู้สึกไม่ติดค้างอะไรแล้ว

"ตอนทำงาน 20 ปีสำคัญมาก มันเป็น catharsis (การปลดเปลื้อง) ของคนรุ่นผม เป็นการ coming to terms (ยอมรับความเจ็บปวด) กับอดีตได้ ก่อนหน้านั้นมันเกิดภาวะพูดไม่ออก ไม่ใช่ว่าเขาพยายามลืม แต่พูดไม่ออก ตอนจัดงานทำบุญครั้งแรกๆ พยายาม inclusive (สร้างการมีส่วนร่วม) ก็จึงเชิญคนหลายกลุ่ม

"เมื่อออกจากคุกมาใหม่ๆ ก็กลัว ไม่กล้าพูด ไม่รู้จะพูดได้ไหม แต่พอ 20 ปีแล้ว เขา (หมายถึงอดีตนักศึกษา ประชาชน) มองอดีตแบบนี้ ไม่ได้ปฏิเสธอดีต เขาหมดความ radical (ความคิดถอนรากถอนโคน) แล้ว แต่ memory เขาเปลี่ยน หัวเราะกับตัวเองได้

"งาน 20 ปีทำให้เกิดภาวะแบบที่เกษียร (เกษียร เตชะพีระ) ใช้คำว่า 'กลับคืนความเป็นตัวของตัวเอง' ใน "บันทึกนักศึกษาคืนสภาพ" เกษียรอธิบายว่า มันไม่ใช่การกลับไปพูดถึงตัวเองในอดีต แต่กลับไปพูดถึงตัวเองได้ ยอมรับตัวเองได้ ส่วนตอนงาน 40 ปีต่างออกไป มันเป็นภาวะการประกาศให้คนรุ่นใหม่ตระหนักกับความสำคัญของคนรุ่นนั้น" (อาจารย์เล่าถึงตอนนี้แล้วผมเห็นน้ำตาซึมออกมาชุ่มเบ้าตาอาจารย์)

"เกษียรเขียนเล่าว่า เขาออกไปเล่าประสบการณ์ส่วนตัวหน้าชั้นเรียนตอนกลับจากป่ามาเรียน เล่าถึงตัวเอง

จุดนี้ทั้งห้องเงียบงัน เพื่อนๆ ร้องไห้ แล้วห้องนั้นก็ปรบมือ เกษียรพูดถึงห้องนี้ว่า ตอนงาน 20 ปีนั้น เหมือนห้องเรียนห้องนั้นขยายกลายเป็นสังคมทั้งสังคมที่กว้างขึ้น"

เราจบบทสนทนากันที่เรื่องนี้ ผมหมดคำถามที่อยากถามพร้อมกับเวลาที่มีก็หมดพอดี ซึ่งก็เกินเวลานัดหมายต่อไปของอาจารย์มามากแล้วด้วยซ้ำ

ที่ผมรู้จัก

ผมรู้จักอาจารย์ธงชัยมานานมากแล้ว ตั้งแต่ผมเรียนจบปริญญาโทใหม่ๆ เมื่อปี 2538 ตอนที่ผมเสนองานจากวิทยานิพนธ์หลังเรียนจบ ซึ่งอาจารย์ธงชัยมาฟังด้วย พอพูดเสร็จ อาจารย์ก็ทักว่า "เออ เราคิดอะไรเหมือนๆ กัน พวกเดียวกัน" แล้วอาจารย์ก็ขอวิทยานิพนธ์ผมเล่มหนึ่ง บอกว่าขอเอาไว้อ่านและใช้งาน

หลังจากนั้นผมเจออาจารย์อีกครั้งก็ตอนงานสัมมนา 20 ปี 6 ตุลาฯ ปี 2539 ผมเสนอบทความชื่อ “6 ตุลาฯ: สัญลักษณ์ของความรุนแรง ความรุนแรงของสัญลักษณ์” (ยุกติ, 2539) งานนั้นผมเขียนวิจารณ์คนรุ่น 6 ตุลาฯ โดยมี อาจารย์ชูศักดิ์ ภัทรกุลวณิชย์ เป็นผู้วิจารณ์บทความผม ส่วนอาจารย์ธงชัยเป็นผู้ดำเนินรายการ ภายหลังจบการอภิปราย (ซึ่งผมเสียมารยาทด้วยการนำเสนอเกินเวลาไปนานมาก) อาจารย์ธงชัยก็ให้ความเห็นว่า “ผมว่ามันต่างจากชิ้นตอนวิทยานิพนธ์มากเลย ชิ้นนี้เป็น deconstruction ที่หลุดลอยจากโลกความเป็นจริงทางสังคมและการเมืองมากไป เสี่ยงที่จะเป็น conservative deconstruction”

แต่หลังจากนั้น ในปี 2541 เมื่อคราวที่ผมไปเรียนต่อที่สหรัฐฯ อาจารย์ธงชัยทั้งช่วยเหลือตอนสมัครเรียน ให้คำแนะนำต่างๆ รวมทั้งไปรับที่สนามบินเมื่อผมไปถึง แถมยังให้พักที่บ้านอาจารย์อีกหลายวัน แล้วช่วยเหลือติดต่อที่พักจนได้ที่พักที่ดีในมหาวิทยาลัย จากนั้นมาผมก็ไปมาหาสู่บ้านอาจารย์ธงชัยมาตลอดเวลาที่อยู่ที่วิสคอนซิน–แมดิสัน การสนทนาครั้งล่าสุดที่เล่าข้างต้นนั้นจึงเป็นการสนทนาในฐานะคนที่คุ้นเคยกันมานานอย่างยิ่ง ชนิดที่แทบจะถามกันได้ทุกเรื่องเท่าที่เคยถามไถ่พูดคุยกันมาเหมือนสมัยอยู่วิสคอนซิน

ในเวลานั้น อาจารย์ธงชัยที่ผมรู้จักมีภรรยาที่พวกเราเรียกกันว่า "พี่จิ๋ม" (สมฤดี วินิจจะกูล) มีลูก 2 คน รู้จักแต่ในชื่อเล่นว่า "ปอย" และ "ปูน" ขณะที่ได้เจอพวกเขา ทั้งสองคนยังเป็นเด็ก น่าจะอายุไม่ถึง 10 ขวบดี แต่ในขณะนี้ ทั้งสองคนแต่งงาน เป็นพลเมืองอเมริกันเต็มตัว อยู่อาศัยที่สหรัฐอเมริกา

เช้าวันหนึ่ง อาจารย์ธงชัยโทรมา เมื่อรับสาย ผมได้ยินอย่างมึนงงเพราะเพิ่งตื่นนอนว่า

"อ๋า พวกมันทำกันอีกแล้ว"

นั่นเป็นคำพูดอาจารย์ธงชัยผ่านหูโทรศัพท์เมื่อปี 2549 ผมจำได้แม่นยำว่า เวลาในสหรัฐฯ เป็นเวลา 9 โมงเช้า เป็นเวลาแทบจะเวลาเดียวกับที่เกิดรัฐประหารในประเทศไทยตอน 3 ทุ่มของวันที่ 19 กันยายน ผมงัวเงียมารับสายโทรศัพท์ที่ภรรยาผม (ฆัสรา ขมะวรรณ มุกดาวิจิตร) ยื่นมาให้ เพราะตื่นสายเนื่องจากเมื่อคืนทำงานจนเกือบเช้า พออาจารย์ธงชัยพูดปรับทุกข์ ถอนหายใจผ่านโทรศัพท์อีกหลายเฮือกใหญ่ ก็วางหูไป แล้วพี่จิ๋ม ภรรยาอาจารย์ก็โทรมาไม่นานหลังจากนั้น บอกว่า "อ๋า ชวนพรรคพวกมาคุยเป็นเพื่อนอาจารย์หน่อยเถอะ ไม่ดีเลย"

ที่จริงการไปกินข้าวเย็นหรือไปปาร์ตี้บ้านอาจารย์ธงชัยของนักเรียนไทยกลุ่มเล็กๆ ที่คุยกันถูกคอทุกเรื่อง โดยเฉพาะเมื่อเหตุการณ์การชุมนุมประท้วงรัฐบาลทักษิณ ชินวัตร เริ่มตึงเครียดยิ่งขึ้น การรวมตัวกันของพวกเราก็เกิดขึ้นบ่อยครั้งยิ่งขึ้น

แต่อาจารย์ธงชัยที่ผมรู้จักเป็นมากกว่าคนที่เอาจริงเอาจังกับการเมืองไทยแบบนั้น ที่จริงหลายปีให้หลัง หลายคนคงสังเกตเห็นได้ว่า อาจารย์ธงชัย "เงียบ" ไปจากการเมืองไทยมากขึ้นทีเดียว มีเพียงบางครั้งคราวที่อาจารย์กลับมาไทย หรือมีงานรับเชิญมาปาฐกถาต่างๆ อาจารย์จึงจะอยู่ในหน้าข่าวสักที ไม่เหมือนเมื่อช่วงรัฐประหารทั้งสองครั้งใหม่ๆ ที่จะได้เห็นได้อ่านบทความอาจารย์บ่อย อาจารย์เคยบอกเหตุผลกับผมอยู่เหมือนกัน แต่เรื่องนี้เอาไว้ใครถามอาจารย์เองจะดีกว่าไม่มีอะไรร้ายแรงหรอก เพียงแต่ผมไม่ได้อยากเล่าทุกอย่างที่รู้เกี่ยวกับอาจารย์ธงชัยเท่านั้นเอง

ในตอนหนึ่งที่ทีมงานสัมภาษณ์ผมเพื่อเตรียมงานปาฐกถาป๋วยฯ ครั้งนี้ ทีมงานจัดทำสื่อถามผมว่า "ถ้าจะมีการสร้างหนังเกี่ยวกับธงชัย วินิจจะกูล คิดว่าจะทำได้ไหม" ผมนึกอยู่ครู่หนึ่งแล้วก็ขำออกมา ตอบไปว่า "ไม่มีทางทำได้หรอก เพราะแกไม่

ได้มีเรื่องราวอะไรน่าตื่นเต้นมากมายเหมือนวีรบุรุษทางการเมืองคนอื่นๆ พอหลังเหตุการณ์ 6 ตุลาฯ แล้ว แกก็ติดคุกอยู่ร่วม 2 ปี ออกมาแล้วก็กลับมาเรียน เรียนจบก็ไปเรียนต่อ แล้วก็กลับมาทำงานวิชาการ นั่งเขียนหนังสือ เข้าห้องสมุด ไปหอจดหมายเหตุ นึกไม่ออกว่าเรื่องพวกนี้จะมาเป็นหนังได้ยังไง” ทุกคนฟังก็หัวเราะเออออไปด้วย

แต่ภรรยาผมไม่คิดอย่างนั้น จากที่รู้จักอาจารย์ธงชัยมาเช่นกัน เธอบอกว่า “บางทีเรื่องราวของฮีโร่ก็ไม่ต้องหวือหวาตลอดก็ได้นี่ แต่ต้องมีความ psycho เพียงแต่ต้องไม่ทำให้แกกลายเป็นคนบ้า คือคนที่ถามตัวเองทุกวันว่า ทำไมถึงไม่ใช่ผมที่ตายในเช้าวันที่ 6 ตุลาฯ นั้น เหมือนพี่เชษฐา[1] ที่บอกว่า ทำไมแกถึงไม่ตายแทนที่จะเป็นผู้หญิงคนนั้นที่จมน้ำตาย ต้องมีเรื่องราวให้เล่าได้สิ”

ผมก็ลองคิดตามเธอไป แต่ส่วนใหญ่คิดถึงความเป็นคนเรียบง่ายแบบของอาจารย์ คิดถึงฉากที่อาจารย์ธงชัยในวันแรกที่เราไปถึงก็ใส่กางเกงขาสั้น เสื้อยืด มารับพวกเราจากสนามบินไปนอนพักค้างคืนที่บ้านอาจารย์หลายต่อหลายคืน คิดถึงตอน

[1] พี่เชษฐาเป็นนักวิชาการคนหนึ่งที่สูญเสียคนรักในเหตุการณ์ 6 ตุลาฯ ในระหว่างที่กำลังหนีทหารข้ามแม่น้ำ จากวันนั้นมา พี่เชษฐาก็พูดเสมอว่า ทำไมคนที่เสียชีวิตไปจึงไม่ใช่เขา แทนที่จะเป็นคนรักเขา

ที่ระหว่างค้างที่บ้านอาจารย์แล้วผมตื่นขึ้นมากลางดึกทีไร ถ้าไม่เห็นอาจารย์ยังคงนั่งทำงานอยู่ ก็จะเห็นนอนอยู่ที่โซฟา จนเมื่อวันสุดท้ายก่อนกลับจากแมดิสัน ซึ่งเราสองคนก็มาอาศัยนอนบ้านอาจารย์อีกเพราะต้องคืนหอพักไปก่อนแล้วมานอนรอเวลาก่อนไปสนามบิน พอตื่นขึ้นมา ก็เจออาจารย์นอนหลับที่โซฟาอีก เพียงแต่เป็นคนละตัวกัน เพราะอาจารย์ย้ายบ้านมาอยู่อีกหลังหนึ่งแล้ว

นอกจากความสามารถในการสับไก่ต้มสำหรับกินกับข้าวมันไก่ ปิ้งซี่โครงหมู ปิ้งไก่ ย่างเนื้อ แล้ว ถ้าวันไหนมาบ้านอาจารย์โดยไม่ได้นัดหมายล่วงหน้า ก็อาจจะเจออาจารย์ใส่ถุงมือยางสีเหลืองออกมาเปิดประตูบ้านให้เพราะต้องผละจากการขัดล้างห้องน้ำทำความสะอาดบ้าน

มีเรื่องหนึ่งที่อาจารย์ไม่ค่อยเรื่องมากนักคือเรื่องอาหารการกิน โดยเฉพาะเรื่องเครื่องดื่มมึนเมา อาจารย์ธงชัยไม่ค่อยดื่มนัก แค่จิบบ้าง แต่ก็ไม่ได้ชอบดื่มอะไรเป็นพิเศษ แต่หลังจากอาจารย์ไปอยู่ญี่ปุ่น อาจารย์เล่าว่า “ตอนนี้รู้แล้วว่าชอบดื่มอะไร ถ้าจะมีเหล้าอะไรที่ตั้งใจซื้อเพื่อมาดื่มเอง ผมพบว่าตัวเองชอบสาเก อยู่ญี่ปุ่นสาเกดีๆ มีมากมาย แต่ผมไม่ได้สรรหาดื่มอะไรมากนักหรอก แค่สาเกในร้านที่ขายทั่วไปก็มีหลายชนิดแล้ว ราคาก็ไม่แพง”

เรื่องหนึ่งที่ผมเพิ่งรู้เกี่ยวกับอาจารย์แล้วทำให้ผมอึ้งไปพักหนึ่งคือ หลังจากบทสนทนายาว 2 ชั่วโมงกว่าที่ผมบันทึกมาเล่าข้างต้นนั่น ก่อนแยกกันกลับ อาจารย์บอกผมว่า “คุณยังดีนะที่จดบทสัมภาษณ์ได้อย่างรวดเร็ว ผมทำแบบนี้ไม่ได้แล้ว ตอนนี้ผมถึงไม่อยากให้ใครมาขอลายเซ็น เพราะแค่จะเขียนยังลำบากเลย” ที่จริงผมรู้อยู่แล้วว่าอาจารย์เคยมีปัญหาเรื่องเส้นเลือดอุดตัน แต่ไม่นึกว่าผลสืบเนื่องยังมีอยู่จนทุกวันนี้

ไม่ทราบเหมือนกันว่า อาจารย์ธงชัย “ที่คนอื่นไม่รู้จัก” “ที่เป็นอื่นในแดนตน” “ที่บอกเล่าด้วยตนเอง” “ที่ผมรู้จัก” จะพอทำให้ทุกคนที่ฟังและอ่านเข้าใจผลงานของอาจารย์ที่กำลังจะแสดงปาฐกถาอยู่นี้หรือไม่ แต่ผมยังหวังว่าทุกคนจะได้รู้จักและอยากรู้จักอาจารย์ธงชัยที่ไม่ค่อยได้คุ้นเคยกันนักให้มากยิ่งขึ้น

ขอบคุณและสวัสดีครับ

บรรณานุกรม

ธงชัย วินิจจะกูล

2530 “ประวัติศาสตร์การสร้าง ‘ตัวตน’ ” ใน อยู่มืองไทย. หน้า 129–182. สมบัติ จันทรวงศ์ และ ชัยวัฒน์ สถาอานันท์ บ.ก., กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

2533 “ผู้ร้ายในประวัติศาสตร์ไทย กรณีพระมหาธรรมราชา: ผู้ร้ายกลับใจหรือถูกใส่ความโดย plot ของนักประวัติศาสตร์” ใน ไทยคดีศึกษา. หน้า 173–196. กรุงเทพฯ: อมรินทร์พริ้นติ้ง.

2544 “ประวัติศาสตร์ไทยแบบราชาชาตินิยม: จากยุคอาณานิคมอำพรางสู่ราชาชาตินิยมใหม่ หรือลัทธิ เสด็จพ่อของกระฎุมพีไทยในปัจจุบัน” ศิลปวัฒนธรรม. 23 (1): 56–65.

2548 “ชัยชนะของเสรีประชาธิปไตยที่มีพระมหากษัตริย์อยู่เหนือการเมือง” ใน ธรรมศาสตร์และการเมืองเรื่องพื้นที่. หน้า 33–63. ชาญวิทย์ เกษตรศิริ บ.ก. กรุงเทพฯ: มูลนิธิโครงการตำราสังคมศาสตร์และมนุษยศาสตร์.

ยุกติ มุกดาวิจิตร

2538 "การก่อตัวของกระแสวัฒนธรรมชุมชน" ในสังคมไทย, พ.ศ. 2520–2537" วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต สาขามานุษยวิทยา คณะสังคมวิทยาและมานุษยวิทยา มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

2539 "6 ตุลา: สัญลักษณ์ของความรุนแรง ความรุนแรงของสัญลักษณ์" รัฐศาสตร์สาร 19(3):50–67.

2548 อ่าน "วัฒนธรรมชุมชน": วาทศิลป์และการเมืองของชาติพันธุ์นิพนธ์แนววัฒนธรรมชุมชน. กรุงเทพฯ: ฟ้าเดียวกัน.

2560 "เรื่องของคนเดือนตุลา" บรรยายในงานเปิดตัวหนังสือ Kanokrat (2016)https://www.youtube.com/watch?v=ikbzfAKYr9M (เข้าถึงเมื่อ 31 มกราคม 2563).

Anderson, Benedict R. O'G.

1991 Imagined Communities: Reflections on the Origin and Spread of Nationalism. London: Verso.

Appadurai, Arjun

1996 Modernity at Large: Cultural Dimensions of Globalization. Minneapolis: University of Minnaesota Press.

Clifford, James, and George E. Marcus (eds.)

1986 Writing Culture: Petics and Politics of Ethnography. Berkeley: University of California Press.

Foucault, Michel

1977 Discipline and punish: the Birth of the Prison. New York: Pantheon Books.

1978 The History of Sexuality. Volume 1. New York: Vintage Books.

Harrison, Rachel V. (ed.)

2014 Disturbing conventions: decentering Thai literary cultures. London: Rowman & Littlefield International.

Harvey, David

1989 The Condition of Postmodernity: An Inquiry into the Origins of Cultural Change. Cambridge, MA: Blackwell.

Kanokrat Lertchoosakul

2016 The rise of the Octobrists in Contemporary Thailand: Power and Conflict among former Left-Wing Student Activists in Thai Politics. Chiang Mai, Thailand: Silkwarm Books.

Said, Edward W.

1978 Orientalism. New York: Pantheon Books.

Scott, James C.

2009 The Art of Not Being Governed: An Anarchist History of Upland Southeast Asia. New Haven: Yale University Press.

Taylor, Keith W.

1982 The Birth of Vietnam. Berkeley: University of California Press.

1998 “Surface Orientations in Vietnam: Beyond Histories of Nation and Region” Journal of Asian Studies 57(4):949-978.

Thongchai Winichakul

1994 Siam Mapped: A History of the Geo-body of a Nation. Honolulu: University of Hawaii Press.

1995 "The Changing Landscape of the Past: New Histories in Thailand Since 1973" Journal of Southeast Asian Studies 26 (1): 99-120.

1997 "The Future of Asian Studies" The Asian Studies Newsletter, June 1997, Pp. 11-12.

2000a "The Others Within: Travel and Ethno-Spatial Differentiation of Siamese Subjects, 1885-1910," in Civility and Savagery: the Differentiation of Peoples Within the Tai Speaking Polities. Pp. 38-62. ed. by Andrew Turton, London: Curzon Press.

2000b "The Quest for 'Siwilai': A geographical discourse of Civilizational Thinking in the Late 19th and early 20th Century Siam," Journal of Asian Studies 59 (3): 528-549.

2002 "Remembering/Silencing the Traumatic Past: the Ambivalent Memories of the October 1976 Massacre in

Bangkok" in Cultural Crisis and Social Memory: Modernity and Identity in Thailand and Laos. Pp. 243-283. ed. by Charles F Keyes and Shigeharu Tanabe,. London and New York: Routledge/ Curzon.

2003 "Writing at the Interstices: Southeast Asian Historians and Post-National Histories in Southeast Asia." in New Terrains in Southeast Asian History. Pp. 3-29. ed. by Abu Talib Ahmad and Tan Liok Ee, Athens: Ohio University Press.

2008 "Nationalism and the Radical Intelligentsia in Thailand" Third World Quarterly 29 (3):575-591.

2011 "Siam's Colonial Conditions and the Birth of Thai History" in Unraveling Myths in Southeast Asian Historiography. Pp. 23-45. ed. by Volker Grabowsky, the volume in honor of Bass Terwiel, Bangkok: Rivers Books.

2014a "Forward: Decentering Thai Studies" in Disturbing conventions: decentering Thai literary cultures. Pp. xiii-xix. ed. by Racheal Harrison. London: Rowman & Littlefield International.

2014b "AAS Presidential Address 'Asian Studies across Academies' " Journal of Asian Studies 73 (4): 879-897.

2014c "Modern Historiography in Southeast Asia: the Case of Thailand's Royal Nationalist History" in A Companion to Global Historical Thought. Pp. 257-268. ed. by Prasenjit Duara, Viren Murthy, and Andrew Sartori, London: Blackwell.

2020 Moments of Silence: the Unforgetting of the October 6, 1976, Massacre in Bangkok. Honolulu: University of Hawai'i Press.

White, Hayden

1973 Metahistory: The Historical Imagination in Nineteenth-Century Europe. S.l.: Johns Hopkins University Press.







ปาฐกถาพิเศษ ป๋วย อึ๊งภากรณ์ ครั้งที่ 17
9 มีนาคม พ.ศ. 2563

นิติรัฐอภิสิทธิ์และราชนิติธรรม: ประวัติศาสตร์ภูมิปัญญาของ Rule by Law แบบไทย

ธงชัย วินิจจะกูล

Emeritus Professor of History,
University of Wisconsin-Madison

บทคัดย่อ

กรอบมโนทัศน์พื้นฐานด้านนิติศาสตร์ (jurisprudence) ของไทยยุคสมัยใหม่นับจากปลายศตวรรษที่ 19 ถึงปัจจุบัน เป็นนิติศาสตร์ของ Rule by Law (การปกครอง *ด้วย* กฎหมาย) นิติศาสตร์ของสยามใหม่นี้ก่อตัวบนฐานของระบบกฎหมายเดิม ซึ่งรัฐสมบูรณาญาสิทธิราชย์ปรับแปรให้ทันสมัยภายใต้สภาวะกึ่งอาณานิคม ผลก็คือ การสถาปนา Rule by Law ของไทยสองแบบหลักที่พัฒนาต่อมาภายใต้ระบอบอำนาจนิยม ได้แก่ "นิติรัฐอภิสิทธิ์" และ "ราชนิติธรรม" ซึ่งล้วนไม่ใช่ "การปกครอง*ของ* กฎหมาย" (Rule of Law) วิกฤตการเมืองไทยในทศวรรษเศษที่ผ่านมาสะท้อนวิกฤตของ Rule by Law แบบไทยด้วย แต่อะไรคือทางเลือกสำหรับอนาคต?

Abstract

The modern jurisprudence and legal system since the late nineteenth century Siam were formulated by the localization of the European systems in the context of the Absolute Monarchy under the semi-colonial conditions and upon the pre-existing Hindu-Buddhist legal traditions. It has evolved subsequently mostly under authoritarianism and royalism. The results were two strands of jurisprudence in Siam: the "legal privileged state" and the "royalist rule of law". This is the genealogy of Thailand's non-normative jurisprudence, or the "Thai-style Rule by Law".

สาระสำคัญในบทความนี้:

- คำถามหลัก: นิติศาสตร์และระบบกฎหมายสมัยใหม่ของไทยมีคุณลักษณะเฉพาะอย่างไร เนื่องจากเกิดขึ้นและพัฒนาในบริบทประวัติศาสตร์ของไทยเอง
- บริบทสำคัญที่มีผลต่อการเปลี่ยนผันสู่นิติศาสตร์สมัยใหม่ของไทย คือ สมบูรณาญาสิทธิราชย์ และภาวะกึ่งอาณานิคม ซึ่งมีผลทำให้องค์ประกอบของนิติศาสตร์สมัยใหม่ของไทยต่างจากนิติศาสตร์แบบบรรทัดฐาน (normative jurisprudence)
- การเปลี่ยนผันสู่ระบบกฎหมายสมัยใหม่หลีกเลี่ยงไม่ได้ที่จะต้องเผชิญกับจารีตกฎหมายเดิมของไทย จึงควรเข้าใจจารีตดังกล่าวเฉพาะประเด็นที่เกี่ยวข้องและมีผลต่อการเปลี่ยนผันสู่นิติศาสตร์สมัยใหม่
- จากนั้นจะอธิบายกระบวนการของการปฏิรูปโดยเฉพาะการสร้างประมวลกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 บทความนี้เสนอว่าการปฏิรูปกฎหมายแท้ที่จริงแล้วคือการปรับปรุงเครื่องมือของรัฐสมบูรณาญาสิทธิราชย์ให้เป็นการปกครอง**ด้วย**กฎหมาย

- นิติศาสตร์สมัยใหม่ของไทยที่เป็นผลของการปฏิรูป ไม่ใช่การปกครอง**ของ**กฎหมาย (The Rule of Law) ไม่ใช่ระบบกฎหมายโลกวิสัย (secular) ความเสมอภาคเบื้องหน้ากฎหมายยังไม่เกิด แต่สถานะของ "บุคคล" ทางกฎหมายและต่อรัฐเปลี่ยนไป ผลสำคัญมากอีกอย่างคือแนวความคิดทางนิติศาสตร์ที่สนับสนุนระบอบเผด็จการ
- แนวความคิดทางนิติศาสตร์ดังกล่าว แท้ที่จริงแล้วคือมรดกของสมบูรณาญาสิทธิราชย์ที่ต่อมาจนถึงปัจจุบัน นั่นคือนิติศาสตร์และระบบกฎหมายของไทยสองกระแส "นิติรัฐอภิสิทธิ์" และ "ราชนิติธรรม"
- นิติรัฐอภิสิทธิ์ คือ ระบบกฎหมายที่ให้อภิสิทธิ์แก่รัฐใช้อำนาจละเมิดทรัพย์สินเอกชนและสิทธิเสรีภาพของประชาชนได้เพื่อประโยชน์สาธารณะ ทั้งในระบบกฎหมายปกติและในสภาวะยกเว้น ประโยชน์สาธารณะที่สำคัญสุดของไทยก็คือความมั่นคงของชาติ กองทัพจึงเป็นผู้ได้และใช้อภิสิทธิ์ล้นหลามนี้
- ราชนิติธรรม คือ หลักกฎหมายของไทยที่ถือว่าพระมหากษัตริย์เป็นหลักสูงสุดของกฎหมายและความยุติธรรม (มิใช่รัฐธรรมนูญหรือรัฐสภาดังที่ถือกันเป็น

บรรทัดฐานทางสากล) ราชนิติธรรมได้รับการส่งเสริมขนานใหญ่ในครึ่งศตวรรษที่ผ่านมาท่ามกลางการเมืองแบบกษัตริย์นิยมและวัฒนธรรมหลงใหลคลั่งไคล้เจ้า ค้ำจุนด้วยประวัติศาสตร์แบบราชานิตินิยมและความคิดว่าด้วยธรรมราชา

- ทั้งนิติรัฐอภิสิทธิ์และราชนิติธรรม ล้วนให้ความชอบธรรมแก่การงดใช้ระบบกฎหมายปกติ สร้าง "สภาวะยกเว้น" ที่อยู่ภายใต้กฎอัยการศึก กฎหมายความมั่นคง หรือกฎหมายพิเศษอื่นๆ (เช่นคำสั่งคณะรัฐประหาร)
- นิติศาสตร์แบบไทยส่งผลต่อระบบกฎหมายและการเมืองอย่างมาก โดยเฉพาะอย่างยิ่งความเฟื่องฟูของราช-นิติธรรมในทศวรรษหลังๆ ซึ่งจะมีผลต่อระบอบรัฐของไทยในอนาคตด้วย เพราะสถานะของพระมหากษัตริย์กับรัฐธรรมนูญ การเมือง และกฎหมายกำลังเปลี่ยนไป

อารัมภบท

ขอเริ่มต้นด้วยข้อความโดยลายมือของอาจารย์ป๋วยที่หลายท่านคงเคยเห็นมาแล้ว

41 LAVENHAM RD,
LONDON SW18 5EZ

๒๘ ตุลาคม ๒๕๒๑

เรียน คุณธงชัย

ประชาธิปไตย เสรีภาพ ของประชาชน
ความสันติสุขและผาสุก ของประชาชน
เป็นสิ่งที่ผมปรารถนา

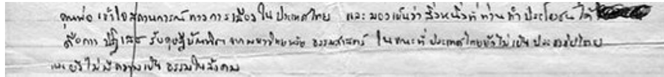
รักและคิดถึง
ป๋วย

ข้อความนี้มาจากจดหมายที่ท่านเขียนตอบผม หากจำไม่ผิด ผมเข้าใจว่าเป็นจดหมายฉบับแรกด้วยลายมือจากอาจารย์หลังล้มป่วย พอได้รับอย่างไม่คาดฝันตอนนั้น ผมตื่นเต้นมาก รีบวิ่งไปบอกอาจารย์ชูศรี มณีพฤกษ์ และ อาจารย์วัชรียา โตสงวน ที่คณะเศรษฐศาสตร์ ผมจำได้ว่าอาจารย์ชูศรี

ถาม “เธอนึกยังไงถึงเขียนไป” พอดีมีอาจารย์อีกหลายท่านพากันมาดูจดหมายในห้องเล็กๆ นั้น ทุกคนดีใจเหลือเกินที่รู้ว่าอาจารย์ป๋วยเขียนได้แล้ว ขณะที่ผมเขียนจดหมายนั้น เป็นเวลาไม่นาน ไม่กี่อาทิตย์หลังจากออกจากคุก (16 กันยายน 2521) ถึงแม้ผมจะหัวแข็งโต้แย้งกับอาจารย์ป๋วยซึ่งๆ หน้ามากกว่าหนึ่งครั้ง ต่อหน้าสาธารณชนก็มี และไม่ว่าความคิดของผมในขณะนั้นจะผิดถูกอย่างไรก็ตาม ณ เวลาที่ได้รับจดหมายจากอาจารย์นั้นและในวันนี้ ข้อเท็จจริงที่แย้งไม่ได้ก็คือผมได้กลับมาเรียนหนังสือและมีชีวิตปกติมาถึงวันนี้ ในขณะที่อาจารย์ป๋วยต้องประสบปัญหาสุขภาพเนื่องจากการต่อสู้อย่างหนักหลัง 6 ตุลา ขณะที่ผมเขียนจดหมายไปหาอาจารย์นั้น ผมทราบดีว่าอาจารย์ยังพูดไม่ได้เขียนไม่ได้ เพราะสำนึกเช่นนี้เองผมจึงเขียนจดหมาย เป็นความสำนึกที่ติดตัวต่อมาจนทุกวันนี้และจนวันตาย

มีคนกล่าวว่าชีวิตผมเอาดีไม่ได้เพราะมัวแต่หมกมุ่นกับ 6 ตุลา แต่ผมเชื่อมั่นว่าถ้าเรารู้จักจัดการกับอดีต รู้ว่าจะอยู่กับปัจจุบันโดยไม่ทิ้งอดีตอย่างไร ความสำนึกเช่นนี้ทำให้ชีวิตไปได้ดียิ่งกว่าความพยายามจะลืมเสียอีก

แต่ประเด็นที่ผมอยากจะชี้ให้เห็น มาจากจดหมายของอาจารย์จอนที่มาพร้อมกับจดหมายลายมือของอาจารย์ป๋วย อาจารย์จอนเล่าเกี่ยวกับอาจารย์ป๋วยในขณะนั้น ตอนหนึ่งอาจารย์จอนบอกเหตุผลที่อาจารย์ป๋วยปฏิเสธดุษฎีบัณฑิตกิตติมศักดิ์จากธรรมศาสตร์



คุณพ่อ เข้าใจสถานการณ์ทางการเมืองในประเทศไทย และมองเห็นว่า สิ่งหนึ่งที่ท่านทำประโยชน์ได้ คือการ ปฏิเสธ รับดุษฎีบัณฑิต จากมหาวิทยาลัย ธรรมศาสตร์ ในขณะที่ประเทศไทยยังไม่เป็นประชาธิปไตย และยังไม่มีความเป็นธรรมในสังคม

ดังข่าวที่รายงานในขณะนั้น (มติชน 19 ต.ค. 2521 ก่อนหน้าจดหมายข้างต้นเพียงไม่กี่วัน)

โทรเลขถึงธรรมศาสตร์เผยเหตุผล ๓ ประการ

ป๋วยปฏิเสธรับดุษฎีฯมธ. ชี้ 6 ตุลาไม่กระจ่าง

ป๋วย อึ๊งภากรณ์ โทรเลขถึงธรรมศาสตร์ ปฏิเสธรับปริญญาดุษฎีบัณฑิต กิตติมศักดิ์ สาขาเศรษฐศาสตร์ ระบุคดี ๖ ตุลาคมยังไม่ได้พิสูจน์ข้อเท็จจริงให้เป็นที่กระจ่าง มหาวิทยาลัยในไทยยังไร้เสรีภาพทางวิชาการ และประเทศไม่เป็นประชาธิปไตย เตรียมส่งจดหมายตามมา (อ่านต่อหน้า ๑๒)

ป๋วย อึ๊งภากรณ์

40 กว่าปีผ่านไป ประเทศไทยมีรัฐธรรมนูญหลังจากนั้นตั้งหลายฉบับ มีการเลือกตั้งแล้วก็มีรัฐประหารหลังจากนั้นหลายครั้ง น่าเสียใจที่เหตุผลของอาจารย์ป๋วยยังไม่ได้รับการตอบสนองแต่อย่างใด แถมยังมีความรุนแรงฆาตกรรมกลางกรุงอีกมากกว่าหนึ่งครั้ง แต่ละครั้งไม่เคยมีคนต้องรับผิดชอบตอกย้ำความจริงในสังคมไทยว่า รัฐฆ่าคนได้ ไม่มีความผิดเพราะการนิรโทษกรรมตัวเองโดยรัฐและกองทัพไม่มีทางโดนประท้วง คนมีอำนาจของไทยเก่งเฉพาะการทำร้ายคนไม่มีอำนาจ คนไทยจำใจต้อง “อยู่ให้เป็น” อยู่ประเทศนี้อย่างปลอดภัยต้องคิดแบบเดียวเท่านั้น จึงจะแสดงออกเปิดเผยได้โดยไม่ต้องกลัวเดือดร้อน อีกทางเลือกหนึ่งคืออยู่อย่างเงียบสนิท อย่าแสดงออก ส่วนคนที่ “อยู่ไม่เป็น” ก็จำต้องอยู่นอกประเทศ...อย่างอาจารย์ป๋วย เป็นต้น

ในการสร้างประชาธิปไตยของไทยที่ผ่านมา เราเห็นกระบวนการยุติธรรมถูกปู้ยี่ปู้ยำซ้ำแล้วซ้ำเล่าโดยคนมีอำนาจและอย่างปราศจากความละอาย โดยเฉพาะอย่างยิ่งนับจากวิกฤตการณ์ทางการเมืองปี 2549 ซึ่งปิดฉากลงด้วยการรัฐประหารปี 2557 และเริ่มต้นฉากใหม่ตอนใหม่ของประวัติศาสตร์การเมืองไทยด้วยระบอบเผด็จการ คสช. ที่มี

พระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขต่อด้วยระบอบ คสช. ที่สวมเสื้อคลุมประชาธิปไตยแบบรัฐสภาอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข นี่เป็นอาการ (symptoms) ที่สะท้อนว่าระบบกฎหมายและกระบวนการยุติธรรมของไทยอ่อนแอ กฎหมายไม่เคยเป็นใหญ่ เพราะมัวแต่ปกป้องผู้ยิ่งใหญ่ทั้งหลาย ไม่ปกป้องผู้เสียเปรียบทางสังคม

ผู้เขียนหวังว่าการศึกษาประวัติศาสตร์กฎหมายของไทยครั้งนี้ จะเป็นคุณแก่คนธรรมดาที่พยายามต่อสู้กับความอยุติธรรมที่ปราศจากความละอาย เพื่อการเปลี่ยนแปลงให้ดีขึ้น

ใครจะเรียกว่านี่คือการชังชาติก็ช่าง เพราะผู้เขียนเห็นว่าเราต้องกล้าจ้องมองความอยุติธรรมอย่างตรงไปตรงมา เพราะเราแคร์ เราจึงยังมีความหวังว่าสังคมไทยดีกว่านี้ได้ ความเขลาและขลาดที่แอบอยู่ข้างหลังข้อกล่าวหาชังชาติต่างหากที่น่ารังเกียจ เพราะเป็นการเฉยเมยต่อความอยุติธรรม การจ้องมองความอยุติธรรมอย่างตรงไปตรงมาต้องกระทำได้ ไม่เฉพาะในสถาบันการศึกษาที่นักวิชาการมักอ้างเสรีภาพทางวิชาการ แต่ควรทำได้ในทุกตารางนิ้วของประเทศไทย เพราะความยุติธรรมเป็นสิ่งที่ทุกคนพึงได้รับ

บทนำ

ประชาธิปไตยเป็นหนทางหรือวิธีการที่พึงปรารถนาสำหรับการจัดความสัมพันธ์ทางอำนาจอย่างสันติท่ามกลางการเปลี่ยนแปลงไม่รู้จบ ส่วน "การปกครอง**ของ**กฎหมาย" (Rule of Law)[1] เป็นองค์ประกอบที่ขาดไม่ได้สำหรับสังคมและรัฐเพื่อจัดความสัมพันธ์ที่พึงเป็นระหว่างรัฐกับประชาชนและระหว่างประชาชนด้วยกันเอง การสร้างประชาธิปไตยจะต้องสร้างระบบกฎหมายที่เชื่อถือได้และยุติธรรมให้เข้มแข็งควบคู่กันไป หากแยกขาดจากกันก็จะล้มเหลวทั้งคู่

ลักษณะเฉพาะที่น่าสนใจของวิกฤตการณ์การเมืองนับจากปี 2549 เป็นต้นมาก็คือ ประการแรก การประกาศตัวเปิดเผยของเครือข่ายกษัตริย์นิยมว่าพวกเขาชิงชังประชาธิปไตยและ

---

[1] มีคำแปลของ Rule of Law ในภาษาไทยต่างๆ กันดังจะกล่าวต่อไป ประเด็นสำคัญข้อหนึ่งของบทความนี้ก็คือการเมืองของคำแปล เพราะการแปล Rule of Law ว่า "หลักนิติธรรม" อย่างที่มักทำกันทั่วไปในขณะนี้ เป็นปฏิบัติการทางการเมืองวัฒนธรรมที่มีผลมหาศาลต่อความนึกคิดในสังคมไทย ผู้เขียนจึงขอแปลอย่างตรงตามตัวอักษรว่า "การปกครอง**ของ**กฎหมาย" โปรดสังเกตว่าคำที่มีความหมายตรงข้ามกับ Rule of Law ในภาษาอังกฤษก็คือ Rule by Law กลับไม่มีการบัญญัติศัพท์เป็นภาษาไทย ซึ่งหากจะให้ตรงข้ามกับ "หลักนิติธรรม" ก็น่าจะได้แก่ "หลักนิติอธรรม" ในที่นี้ ผู้เขียนขอแปลตรงตามตัวอักษรเช่นกันว่า "การปกครอง**ด้วย**กฎหมาย" และจะเน้นให้เห็นความต่างระหว่าง **ของ** และ **ด้วย** ตลอดทั้งบทความ

พยายามสร้างระบอบการเมืองใต้พระราชอำนาจ และ ประการที่สอง บทบาทของสถาบันตุลาการและองค์กรที่ควรทำหน้าที่เป็นกรรมการ แต่กลับเป็นผู้เล่นสำคัญเสียเอง การเมืองกลายเป็นเรื่องการต่อสู้กันทางกฎหมายและในศาลมากขึ้น พร้อมๆ กับที่สถาบันทางกฎหมายและนักนิติศาสตร์ก็กลายเป็นการเมืองไปหมด จนล้มลุกคลุกคลานไปด้วยกันอย่างแยกไม่ออก[2] นอกจากไม่ช่วยคลี่คลายวิกฤตการณ์การเมืองแล้ว ยังนำไปสู่วิกฤตการณ์อีกอย่างหนึ่ง นั่นคือ วิกฤตความชอบธรรมและความเชื่อถือในระบบกฎหมายและกระบวนการตุลาการซึ่งตกต่ำอย่างหนัก

ผู้เขียนเชื่อว่าวิกฤตอย่างหลังนี้ อาจต้องการเวลาฟื้นฟูแก้ไขนานเสียยิ่งกว่าระบอบรัฐสภาและระบบการเมืองเสียอีก ความเชื่อเช่นนี้เองที่กระตุ้นความสนใจของผู้เขียน ต้องการศึกษาเข้าใจว่า “การปกครอง**ของ**กฎหมาย” (Rule of Law) ในประเทศไทยเป็นอย่างไรกัน หรือว่าประเทศไทยไม่เคยมีการปกครอง**ของ**กฎหมายเลย แต่ถ้าเช่นนั้น ระบบกฎหมายและนิติศาสตร์ (jurisprudence) ของไทยเป็นแบบไหนกัน ทำไมระบบกฎหมายของไทยจึงเอื้ออำนวยต่อความอยุติธรรม ปล่อย

---

2 Harding 2012; Dressel 2012; Mérieau 2016; Tamada 2017

ให้มีการใช้กฎหมายรังแกประชาชนได้ถึงขนาดนี้ แถมทำได้อย่างปราศจากความละอายได้ขนาดนี้ ทำไมกฎหมายจึงอยู่ตรงข้ามกับความยุติธรรมได้ขนาดนี้ คำถามทางการเมืองชุดนี้ ซ้อนทับลงบนทัศนะที่แพร่หลายทั้งสังคมไทยว่า กฎหมายในประเทศนี้บังคับใช้กับคนจนและผู้อ่อนแอทางสังคมเท่านั้น แต่กลับไม่สามารถจำกัดความฉ้อฉลของความร่ำรวยและอำนาจได้แต่อย่างใด

นักนิติศาสตร์และผู้มีปัญญาหลายท่านมักกล่าวว่า กฎหมายของไทยค่อนข้างดีอยู่แล้ว แต่ปัญหาอยู่ที่การบังคับใช้ หมายความว่าคนที่บังคับใช้ไม่ดี เราต้องหาทางให้ได้คนดีเป็นผู้บังคับใช้ คำตอบนี้ชัดแจ้งแล้วว่าไม่น่าพอใจอีกต่อไป เพราะว่า 1) คำตอบนี้ไม่มีทางผิด จึงไม่ใช่คำตอบที่ช่วยให้เกิดความสว่างทางปัญญาหรือทางแก้ปัญหาแต่อย่างใดทั้งสิ้น ซ้ำกลับนำไปสู่การยัดเยียดอบรมศีลธรรมแก่ประชาชนแค่นั้นเอง 2) คำตอบแบบนี้ฟ้องว่าระบบและสถาบันทางกฎหมายอ่อนแอไร้ความสามารถ จนไม่สามารถจำกัดความเสียหายอันเกิดจากคนไม่ดีส่วนน้อย ทั้งยังน่าสงสัยว่า...หรือระบบและสถาบันนั่นเองที่เอื้ออำนวยแก่คนไม่ดีและการกระทำที่ไม่ดีทั้งหลาย? และ 3) ความอยุติธรรมดาษดื่นทุกวันนี้ก็ด้วยฝีมือ “คนดี” ทั้งนั้น

แต่น่าเสียดายว่าคำตอบพรรค์นี้พบได้ไม่ยากในสังคมไทย รวมทั้งคนในวิชาชีพกฎหมายด้วย หรือว่าเราไม่ต้องการขบคิดหาคำตอบที่จริงจังกว่านี้เพราะเป็นเรื่องยากจะคิด ไม่ต้องการหาการแก้ไขเชิงสังคมหรือเชิงสถาบันเพราะเป็นเรื่องยากจะแก้

คำอธิบายที่ดีขึ้นหน่อย มักโทษความด้อยพัฒนาของระบบกฎหมาย คำตอบแบบนี้มีนัยยะว่า ระบบกฎหมายของไทยไม่ต่างจากระบบที่พัฒนาแล้วในที่อื่นๆ เพียงต้องการเวลาค่อยๆ ปรับปรุงไป ก็จะไปถึงจุดหมายปลายทางที่เป็นการปกครองของกฎหมายแบบบรรทัดฐานเอง ในขณะที่คำอธิบายนี้พอจะฟังขึ้น ก็กลบเกลื่อนปัญหาที่เกิดจากคุณลักษณะเฉพาะของระบบกฎหมายของไทย และปฏิเสธความเป็นไปได้ว่าระบบกฎหมายของไทยอาจจะไม่เป็นไปตามหลัก "การปกครอง**ของ**กฎหมาย" เลยก็เป็นได้ ปัดให้เป็นเรื่องของความบกพร่องซึ่งมีอยู่ในทุกระบบของทุกประเทศเป็นธรรมดา รวมทั้งประเทศที่พัฒนาแล้วก็เถอะ

ผู้เขียนต้องการเสนอในบทความชิ้นนี้ว่า นิติศาสตร์และระบบกฎหมายสมัยใหม่ของไทย มิใช่ระบบกฎหมายตามหลัก "การปกครอง**ของ**กฎหมาย" แต่อย่างใด การปกครอง**ของ**กฎหมาย นิติศาสตร์ และระบบกฎหมายที่ทั้งโลกถือเป็น

บรรทัดฐาน (normative rule of law, jurisprudence and legal system) เกิดขึ้นในประสบการณ์ทางประวัติศาสตร์ของยุโรปอเมริกัน แต่นิติศาสตร์สมัยใหม่ของไทย (modern Thai jurisprudence) เกิดขึ้นและพัฒนาขึ้นในบริบททางประวัติศาสตร์ของไทยซึ่งต่างออกไปอย่างมาก ผลก็คือระบบกฎหมายที่มีคุณสมบัติผิดแผกผิดเพี้ยนไปจากการปกครอง **ของ**กฎหมายแบบบรรทัดฐาน (normative rule of law) หลายประการ ยังไม่มีนักนิติศาสตร์เชิงประวัติหรือนักประวัติศาสตร์ศึกษาคุณสมบัติที่ผิดแผกจนถึงกับผิดเพี้ยนเหล่านี้แต่อย่างใด เพราะเราท่านมักคิดว่านิติศาสตร์และระบบกฎหมายของไทยเป็นแบบมาตรฐานสากลแล้ว เพียงแต่ยังด้อยพัฒนาและคนยังไม่ดีพอแค่นั้นเอง

อันที่จริงการศึกษาประวัติศาสตร์กฎหมายของไทยยังขาดแคลนมากในแทบทุกประเด็น ไม่เพียงแค่ประเด็นความผิดแผกผิดเพี้ยนจากหลักการตามบรรทัดฐาน แสวง บุญเฉลิมวิภาส กล่าวไว้นานแล้วว่า การศึกษาประวัติศาสตร์กฎหมายในช่วงที่ไทยเราได้รับอิทธิพลนิติศาสตร์ตะวันตกตั้งแต่รัชกาลที่ 4 ถึง 6 ยังต้องการผู้บุกเบิกอีกมาก[3] ดังนั้นจึง

[3] แสวง 2545: 288–289 ถึงแม้ว่าที่ผ่านมาการศึกษาประวัติศาสตร์กฎหมายไทยเท่าที่มีอยู่ก็มักเน้นประเด็นนี้ก็ตาม – ผู้เขียน

น่าจะได้เวลาที่จะต้องสอบสวนศึกษาการเปลี่ยนผันของระบบกฎหมายสมัยเก่าสู่สมัยใหม่ในสยาม นับจากต้นศตวรรษที่ 20 และพัฒนาการหลังจากนั้น เพื่อทำความเข้าใจคุณลักษณะเฉพาะของระบบกฎหมายไทยอันเนื่องมาจากการพัฒนาทางประวัติศาสตร์ของไทยเอง รวมทั้งผลสืบเนื่องของคุณลักษณะเหล่านั้นด้วย[4]

คำถามหลักและสมมติฐาน

อันที่จริงมีสำนักคิดต่างๆ ที่ให้คำจำกัดความ "การปกครอง**ของ**กฎหมาย" แบบบรรทัดฐานไม่ตรงกันในรายละเอียดนัก หมายความว่ามีคุณสมบัติร่วมที่สำคัญตรงกัน แต่รายละเอียดต่างกัน ให้น้ำหนักความสำคัญต่อองค์ประกอบ

---

[4] อาจมีผู้สงสัยว่าผู้เขียนไม่ใช่นักนิติศาสตร์แล้วจะศึกษาเรื่องนี้ได้อย่างไร ขอตอบว่านี่ไม่ใช่ครั้งแรกที่นักประวัติศาสตร์ศึกษาประวัติศาสตร์กฎหมายและมีนักนิติศาสตร์หลายท่านศึกษาประวัติศาสตร์เช่นกัน ชุมชนวิชาการถือว่าการทำงานข้ามสาขาความรู้เช่นนี้เป็นเรื่องควรส่งเสริม หลายครั้งกลับเป็นคุณอีกด้วยที่มีผู้ใช้แนวคิดและเครื่องมือในการศึกษาที่ต่างออกไป เข้ามาตั้งคำถามและวิเคราะห์ประเด็นใหม่ๆ วิทยาลัยนิติศาสตร์ชั้นนำแทบทุกแห่งทั่วโลกจะต้องมีนักประวัติศาสตร์กฎหมาย แม้เขาไม่มีความสามารถให้คำปรึกษาด้านกฎหมายเลยสักนิดก็ตาม

ต่างๆ ไม่เหมือนกัน นักนิติศาสตร์ไทยหลายคนทุกสำนักได้พยายามชี้แจงตลอดมาว่า สิ่งที่สังคมไทยเรียกรวมๆ กันว่า "หลักนิติธรรม" นั้น มีรากมาจากแนวความคิดสองกระแส คือ[5]

1. นิติรัฐ (*Rechtsstaat* หรือ Legal State) เป็นแนวความคิดที่เริ่มแพร่หลายในศตวรรษที่ 19 ในเยอรมนีและยุโรปตะวันตกภาคพื้นทวีป หมายถึง รัฐที่ปกครองด้วย "กฎหมาย" ไม่ใช่ปกครองด้วย "ผู้ยิ่งใหญ่" ที่มีอำนาจบารมี นั่นคือรัฐที่ถือกฎหมายเป็นใหญ่ แต่ไม่ใช่เป็นใหญ่เฉพาะกับประชาชน ทว่าผู้ปกครองประเทศจะกระทำการใดๆ ได้ต้องมีกฎหมายรองรับ จะทำตามอำเภอใจไม่ได้ หลักนิติรัฐจึงมีหลักการพื้นฐานที่มุ่งจำกัดอำนาจของผู้ปกครอง และให้หลักประกันสิทธิขั้นพื้นฐานแก่ประชาชน หลักการประกอบแนวความคิดนี้ ได้แก่ หลักการที่ว่าถ้าไม่มีกฎหมาย–ไม่มีความผิด **ถ้าไม่มีกฎหมายให้อำนาจไว้ ฝ่ายปกครองก็จะใช้อำนาจทำอย่างนั้นมิได้** หลักการบุคคลอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายอย่างเดียวกันไม่ว่าจะอยู่ในฐานะใดก็ตาม หลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ หลักการแยกอำนาจ และหลักการความเป็นอิสระของตุลาการ

---

[5] ความหมายของนิติรัฐและ The Rule of Law ข้างล่างนี้พบได้ค่อนข้างตรงกันหมดในตำรานิติศาสตร์ต่างๆ และข้อเขียนทั้งสิ่งพิมพ์และเว็บไซต์เกี่ยวกับกฎหมายทั่วๆ ไป (ในภาษาไทย) หลายชิ้นให้คำจำกัดความแทบเหมือนกัน

2. การปกครอง**ของ**กฎหมาย (The Rule of Law) เป็นแนวความคิดที่มีความหมายหลากหลายอยู่เป็นเวลานาน ไม่ใช่แนวความคิดที่เด่นชัดประการเดียว แต่ครอบคลุมองค์ประกอบต่างๆ พอสมควร ในภาษาไทยมักใช้ว่า หลักนิติธรรม (เป็นคำแปลที่มีนัยทางการเมืองแฝงดังจะอธิบายต่อไป) เริ่มก่อตัวและปรากฏในประเทศอังกฤษในศตวรรษที่ 13 มุ่งจำกัดอำนาจของผู้ปกครอง ไม่ให้ใช้อำนาจเกินกว่าที่กฎหมายกำหนด กฎหมายต้องมีเนื้อหาที่ชัดเจน และไม่มีโทษย้อนหลัง หลักการสำคัญที่ประกอบ ได้แก่ หลักประกันในความเป็นอิสระของผู้พิพากษา หลักความเสมอภาคไม่ว่าบุคคลนั้นจะอยู่ในฐานะใด สิทธิเสรีภาพของบุคคลจะต้องได้รับการยอมรับจากศาล และให้อำนาจสูงสุดเป็นของรัฐสภา

จะเห็นได้ว่า แม้จะมีพัฒนาการมาคนละทางกัน แต่ทั้งนิติรัฐและนิติธรรม เป็นหลักการเพื่อความเป็นใหญ่ของกฎหมายเหนืออำนาจของ “ผู้ยิ่งใหญ่” ไม่ว่าจะดีวิเศษขนาดไหน เป็นหลักการที่มุ่งจำกัดอำนาจของผู้ปกครอง คุ้มครองประชาชนให้ปลอดภัยจากอำนาจฉ้อฉลของรัฐ สองกระแสความคิดนี้ผสานเข้าหากันเมื่อกลางศตวรรษที่ 20 โดยแนวความคิดทั้งสองนี้ผนวกเข้ากับแนวคิดสิทธิมนุษยชน (ภายหลังภัยวิบัติ

ครั้งใหญ่ในช่วงสงครามโลกครั้งที่สอง)[6] มีคุณสมบัติสำคัญๆ ที่ทุกสำนักคิดเห็นตรงกัน (แม้ว่าจะมีรายละเอียดต่างกันก็ตาม)[7] ดังต่อไปนี้

1. มีกฎหมายที่ชัดเจนเป็นมาตรฐานเดียวกันตลอดทั่วทั้งดินแดนใต้ปกครองของรัฐ และประชาชนจะต้องสามารถเข้าถึงรับรู้กฎหมายนั้นได้โดยสะดวก

2. ความเสมอภาคเบื้องหน้ากฎหมาย

3. อำนาจของรัฐต้องถูกจำกัดด้วยกฎหมาย และต้องถูกกำกับด้วยรัฐสภา รัฐธรรมนูญ และศาล

4. ต้องจำกัดอำนาจของรัฐ เพื่อปกป้องคุ้มครองสิทธิและทรัพย์สินของปัจเจกบุคคล

5. ต้องมีหลักประกันความเป็นอิสระของตุลาการ

คงไม่น่าแปลกใจว่าระบบกฎหมายของไทยยังไม่เข้าข่ายเป็นนิติรัฐหรือนิติธรรม จนหลายคนเห็นว่าหลักทั้งสองเป็นอุดมคติ แต่ผู้เขียนยังเห็นว่า ไม่ใช่เพราะไทยด้อยพัฒนาหรือ

---

[6] จรัญ 2553: 73–81, 83–85

[7] World Justice Program (WJP– https://worldjusticeproject.org) พยายามรวบรวมคุณสมบัติต่างๆ จากหลายสำนักเข้าไว้ด้วยกันทั้งประเด็นใหญ่เล็กหลักรองทั้งหลาย 40–50 ประการ แล้วประมวลกันเป็นดัชนี 8 หมวดที่รู้จักกันดีในนาม WJP Rule of Law Index เพื่อประเมินสถานะของการปกครองของกฎหมายในประเทศต่างๆ ทั่วโลกตามดัชนีเหล่านั้น ดู https://worldjusticeproject.org/our-work/research-and-data/wjp-rule-law-index

ยังเดินไปไม่ถึงที่หมาย แต่อาจเป็นเพราะเรากำลังอยู่บนถนนคนละสาย ต่อให้มีจุดหมายที่ปรารถนาตรงกัน หนทางเดินคงจะต้องต่างกัน

การศึกษาประวัติศาสตร์กฎหมายและนิติศาสตร์ที่ผิดแผกจากบรรทัดฐาน ไม่ใช่เรื่องแปลกใหม่สำหรับวิชานิติศาสตร์ ก่อนทศวรรษ 1970 การศึกษาประวัติศาสตร์กฎหมายในสังคมเอเชียมักทึกทักว่าการปกครอง**ของ**กฎหมายในเอเชียยังด้อยพัฒนา แม้จะอยู่บนเส้นทางการพัฒนาไปเป็นนิติศาสตร์แบบบรรทัดฐานก็ตาม[8] แต่ในระยะทศวรรษ 1970–1980 นั่นเองประวัติศาสตร์แบบนี้ก็เริ่มถูกวิพากษ์วิจารณ์อย่างหนักเพราะวางอยู่บนความเชื่อตามทฤษฎี Modernization ซึ่งผิดพลาดล้าสมัยและถูกรื้อไปแล้วในสังคมศาสตร์สาขาอื่นๆ

ในระยะไม่กี่ทศวรรษที่ผ่านมากระแสความคิดแบบหลังอาณานิคม (post-colonialism) ที่เน้นว่าสังคมนอกตะวันตกมีประวัติศาสตร์แตกต่างจากยุโรปโดยเฉพาะการผ่านระบอบอาณานิคม กฎหมายสมัยใหม่จึงเป็นผลผลิตของการปะทะกันระหว่างเงื่อนไขภายในของสังคมหนึ่งๆ กับอิทธิพลจากโลกตะวันตกอย่างมีพลวัตนับตั้งแต่ศตวรรษที่ 19 เป็นต้นมา

---

[8] Hooker 1978: 95–96 และ คำนำของ Edward Wise ใน Apirat 1987: xi–xiii

ความรู้เกี่ยวกับลักษณะเฉพาะของนิติศาสตร์นอกสังคมตะวันตกจึงเติบโตขึ้นมาก[9] ไม่ทึกทักอีกต่อไปแล้วว่า เอเชียสมัยใหม่คือตะวันตกน้อยๆ ที่ยังด้อยพัฒนา ระบบกฎหมายสมัยใหม่ก็ไม่ใช่โยกย้าย (legal transplantation) มาจากยุโรป แต่สนใจวิเคราะห์ความพยายามของระบอบอาณานิคมที่จะสถาปนากฎหมายแบบใหม่อย่างทุลักทุเล[10] และความไม่ลงรอยกันระหว่างอิทธิพลตะวันตกกับจารีตกฎหมายที่มีอยู่ก่อน (pre-existing) ในสังคมหนึ่งๆ ซึ่งนำไปสู่การปะทะปรับ และแปร จนเป็นผลออกมาเป็นนิติศาสตร์และระบบกฎหมายที่มีลักษณะเฉพาะไปต่างๆ กัน ยิ่งไปกว่านั้นภายหลังยุคอาณานิคม ประเทศเหล่านั้นก็พัฒนาระบบกฎหมายต่อไปในบริบทที่แตกต่างไปจากยุโรป หลายประเทศตกอยู่ภายใต้ระบอบอำนาจนิยมและเผด็จการทหาร[11] ซึ่งส่งผลต่อการพัฒนานิติศาสตร์และระบบกฎหมายที่ผิดแผกไปจากบรรทัดฐาน (non-normative jurisprudence) ในแต่ละสังคม นอกจากนี้

---

[9] ตัวอย่างเช่น Peerenboom 2004 สำหรับประเทศในเอเชีย และ Darian-Smith, 2013 สำหรับที่อื่นในโลก

[10] Merry 1991; และดู Cheesman 2016 เกี่ยวกับพม่ายุคอาณานิคมซึ่งผู้ปกครองชาวอังกฤษที่ถือหลักกฎหมายคนละแบบต่อสู้กันเองระหว่าง substantive rule of law กับ procedural rule of law

[11] Ginsburg and Moustafa 2012; Ginsburg and Simpser 2014

การศึกษาประวัติศาสตร์กฎหมายนอกสังคมตะวันตกในแง่ที่เป็นประวัติศาสตร์ภูมิปัญญา (Intellectual History) ก็เติบโตขึ้นมากในระยะไม่นานมานี้เอง[12]

ประวัติศาสตร์กฎหมายอย่างวิพากษ์เกี่ยวกับเอเชียตะวันออกเฉียงใต้เฟื่องฟูขึ้นมามากใน 10–20 ปีที่ผ่านมา ผลงานล่าสุดที่น่าสนใจได้แก่งานของ Loos (2006), Rajah (2012) และ Cheesman (2015) ซึ่งศึกษาการก่อตัวของระบบกฎหมายสมัยใหม่ในสยาม สิงคโปร์ และพม่าภายใต้ภาวะกึ่งอาณานิคมและอาณานิคม เพื่อพยายามเข้าใจลักษณะเฉพาะของระบบกฎหมายในประเทศเหล่านั้น[13] สำหรับประวัติศาสตร์กฎหมาย

---

[12] ดู *Modern Intellectual History* 2018

[13] Loos ศึกษาบทบาทของที่ปรึกษาชาวต่างชาติในการปฏิรูปกฎหมายให้ทันสมัยแบบยุโรปซึ่งต้องประนีประนอมกับจารีตกฎหมายเดิม ผลก็คือระบบกฎหมายผสมผสานที่คงจารีตทางกฎหมายเกี่ยวกับครอบครัวไว้มาก รวมถึงรักษาระบบหลายเมีย (polygamy) ไว้ จึงมีผลต่อผู้หญิงในฐานะบุคคลตามกฎหมาย รัฐบาลสยามทำตามแบบประเทศอาณานิคมอื่นๆ ถึงแม้ว่าสยามจะไม่เคยตกเป็นอาณานิคมก็ตาม Cheesman ถึงขนาดเสนอว่าพม่าในยุคอาณานิคมนั้น มิใช่ระบอบการปกครอง**ของ**กฎหมาย (Rule of Law) แต่ก็ไม่ใช่ระบอบการปกครอง**ด้วย**กฎหมาย (Rule by Law) แต่เป็นระบอบ “กฎหมายและความสงบเรียบร้อย” (Law and Order) ซึ่งให้อำนาจอย่างมากแก่ผู้ปกครองชาวอังกฤษในการควบคุมจำกัดสิทธิของคนพม่าเพื่อรักษาความสงบเรียบร้อย และศาลก็เป็นส่วนหนึ่งของระบอบดังกล่าว ส่วน Rajah เห็นว่าสิงคโปร์เป็นระบบกฎหมายคู่ (dual state legality) คือ การปกครอง**ของ**กฎหมายและการปกครอง**ด้วย**กฎหมายดำรงอยู่พร้อมกันในปริมณฑลที่ต่างกัน Cheesman เห็นว่าระบอบกฎหมายและความสงบเรียบร้อยของพม่าที่สร้างโดยผู้ปกครองชาวอังกฤษยังสืบทอดต่อมาถึงปัจจุบัน ส่วน Rajah เห็นว่าระบบกฎหมายคู่สร้างขึ้นหลังอาณานิคมเป็นหลักแต่ก็อาศัยมรดกจากระบอบอาณานิคม

ของไทย ภายหลังงานคลาสสิกของแลงกาต์ตั้งแต่ทศวรรษ 1930–1940 ซึ่งเน้นเรื่องจารีตประเพณีกับกฎหมายในสังคมสยามก่อนยุคสมัยใหม่ หลังจากนั้นกลับอ่อนแอลง[14] กระแส

(ทั้งหลักทางนิติศาสตร์ สถาบัน และความเชื่อที่ใช้เป็นความชอบธรรม) การศึกษาในด้านนี้ยังมีช่องทางให้เติบโตอีกมาก เช่น งานที่กล่าวมาตามรอยนิติศาสตร์สมัยใหม่ย้อนไปหยุดอยู่ที่ระบอบอาณานิคมเป็นส่วนใหญ่ ยังให้ความสนใจกับมรดกตกทอดจากจารีตก่อนยุคสมัยใหม่ไม่มากนัก มีบางคนให้ความสำคัญกับจารีตทางศาสนาในระบบกฎหมายที่ยังตกทอดมาถึงปัจจุบันโดยเฉพาะอย่างยิ่งในสังคมมุสลิม (Hussin 2016)

[14] ความเห็นของเกษม ศิริสัมพันธ์ และ แสวง บุญเฉลิมวิภาส เขียนไว้ตั้งแต่ปี 2533 (เกษม และ แสวง 2533; Baker and Pasuk 2016: xi ก็ตั้งข้อสังเกตทำนองเดียวกับเกษมและแสวง) ผู้เขียนเข้าใจว่าการประเมินเช่นนี้เป็นการวิจารณ์อ้อมๆ ต่อการเขียนประวัติศาสตร์กฎหมายแบบกรมหลวงราชบุรีฯ (กฎหมายราชบุรี 2 เล่ม, 2444) ที่กลายเป็นแบบแผนของตำราและงานแบบทางการตั้งแต่รุ่นบุกเบิก เช่น ตำราของพระยานิติศาสตร์ไพศาล (2494) พระวรศักดิ์พิบูลย์ (2496) หลวงสุทธิวาทนฤพุฒิ (2512–13) และอีกหลายท่าน แบบแผนนี้ยังสืบทอดมาในตำราประวัติศาสตร์กฎหมายไทยปัจจุบัน (เช่น ชาคริต 2557, ชัชพล 2561, พงษ์พันธ์ 2560) การเขียนประวัติศาสตร์กฎหมายแบบตำราของสกุลนี้ แตกต่างจากการศึกษาวิชาการแบบที่แลงกาต์ได้ทำไว้อย่างมาก คือแทนที่จะเป็นงานวิเคราะห์ในประเด็นหนึ่งๆ อย่างลุ่มลึกและอย่างวิพากษ์วิจารณ์ กลับเป็นทำนองสารานุกรมหรือบัญชีกฎหมายเก่าของไทยว่ามีอะไรบ้าง ปีไหน เนื้อหามีอย่างไร เรียงลำดับจากยุคสุโขทัย อยุธยา … เรื่อยมา มีเกร็ดสอดแทรกเพื่อเชิดชูปรีชาญาณของคนโบราณ ประวัติศาสตร์แบบนี้เหมาะแก่การท่องจำและผลิตซ้ำโดยทางราชการ ไม่มีการตั้งคำถามเพื่อวิเคราะห์อย่างวิพากษ์วิจารณ์แต่อย่างใด ตำราแบบนี้เป็นด้านหลักของประวัติศาสตร์กฎหมายไทยมาเกินกว่าศตวรรษแล้ว ทั้งเป็นที่ยอมรับของทางราชการตลอดมา ผู้เขียนเห็นด้วยกับการประเมินดังกล่าว แต่เห็นอีกว่าการครอบงำของประวัติศาสตร์กฎหมายแบบดังกล่าวมากว่าหนึ่งศตวรรษ เป็นปรากฏการณ์ที่ต้องสนใจว่าสะท้อน (และมีผลต่อ) การศึกษานิติศาสตร์ในประเทศไทยอย่างไร ส่วนที่เกี่ยวข้องกับบทความนี้ก็คือ ในเมื่อขาดแคลนการศึกษาอย่างลุ่มลึกและวิพากษ์วิจารณ์ จึงทำให้ความเชื่อสำคัญๆ บางอย่างตกทอดต่อๆ มาอย่างไม่สงสัยไม่ตรวจสอบเพียงพอ (ดังจะกล่าวถึงต่อไป) และทำให้ประวัติศาสตร์กฎหมายอย่างวิเคราะห์วิจารณ์ในหลายเรื่อง

หลังอาณานิคมจะช่วยเปิดคำถามและวิธีการศึกษาใหม่ๆ หรือไม่ คงต้องดูกันต่อไป

> *การศึกษาครั้งนี้ตั้งคำถามหลักบนสมมติฐานที่เข้าใจได้ง่ายดังนี้ ในเมื่อนิติศาสตร์และการปกครองของกฎหมายแบบบรรทัดฐาน (normative rule of law) ก่อตัวขึ้นในบริบทประวัติศาสตร์ของยุโรปตะวันตก ถ้าเช่นนั้นนิติศาสตร์และระบบกฎหมายของไทยนับแต่เปลี่ยนเป็นสมัยใหม่ย่อมต่างออกไป เพราะก่อตัวในบริบททางประวัติศาสตร์ที่ต่างกันลิบลับ ลักษณะเฉพาะของนิติศาสตร์และระบบกฎหมายในประเทศไทยเป็นอย่างไร? เราจะสามารถอธิบายได้หรือไม่ว่าคุณสมบัติที่ผิดแผกไปเหล่านั้น เป็นผลผลิตทางประวัติศาสตร์อย่างไร? ทั้งนี้ผู้เขียนจะพิจารณาการเปลี่ยนผันสู่ระบบของนิติศาสตร์และระบบกฎหมายสมัยใหม่ของไทยในแง่ประวัติศาสตร์ภูมิปัญญาเป็นหลัก*[15]

ยังอยู่บนฐานความรู้สะสมที่ไม่แข็งแรงนัก แม้ผู้ศึกษาได้พยายามอย่างน่าชมเชยก็ตาม

[15] การปฏิรูปตุลาการให้ทันสมัยตามบรรทัดฐานเป็นประเด็นสำคัญมาก แต่จะไม่ปรากฏในข้อเขียนนี้ด้วยเหตุผลในทางปฏิบัติ กล่าวคือ ความเสื่อมศรัทธาต่อกระบวนการยุติธรรม ทำให้ประเด็นนี้เห็นได้ง่ายๆ ดังนั้นในสิบกว่าปีที่ผ่านมา จึงมีการศึกษาคุณภาพดีเกี่ยวกับประวัติศาสตร์ตุลาการของไทยทั้งในภาษาอังกฤษและภาษาไทยพอสมควร อาทิ Dressel 2012, Hirschl 2007, Mérieau 2016, กฤษณ์พชร 2562, นพพล 2556 และสมชาย ปรีชาศิลปกุล 2561ข และที่กำลังทำอยู่ ประเด็นที่ยังไม่มีคนกล่าวถึงสักเท่าไรคือ

ดังนั้น จึงขอเริ่มต้นพิจารณาบริบทและสภาวะแวดล้อมของการเปลี่ยนผันสู่สมัยใหม่ของนิติศาสตร์ไทย

บริบทและสภาวะสำคัญที่มีผลต่อการเปลี่ยนผันสู่นิติศาสตร์สมัยใหม่ของไทย

ประวัติศาสตร์ของการเปลี่ยนผันสู่ระบบกฎหมายสมัยใหม่ในสยามเป็นส่วนหนึ่งของการเปลี่ยนผันสู่ยุคสมัยใหม่ของสังคมสยามอย่างทั่วด้านภายใต้อิทธิพลอาณานิคม (colonial modernity) ในช่วงทศวรรษ 1880 ถึง 1930[16] ความแตกต่างอย่างมากจากบริบททางประวัติศาสตร์ของระบบกฎหมายแบบบรรทัดฐานมีดังต่อไปนี้

ประการแรก ที่กล่าวว่า "สังคมไทยไม่เคยตกเป็นอาณานิคม" นั้นเป็นการพูดความจริงแค่ครึ่งเดียว เพราะเราเป็นกึ่งอาณานิคม[17] ทศวรรษ 1880 ถึง 1930 เป็นช่วงกระแส

นิติศาสตร์และระบบกฎหมายสมัยใหม่ บทความนี้จึงขอศึกษาประวัติของฐานภูมิปัญญาทางนิติศาสตร์ของไทยสมัยใหม่

[16] ผู้เขียนอธิบายเกี่ยวกับภาวะ colonial modernity ไว้ในบทที่ 1 ของ ธงชัย 2562

[17] Loos 2006 ให้ความสำคัญมากกับ colonial modernity ของสยามที่เป็นกึ่งอาณานิคม

สูงของลัทธิอาณานิคม (high colonialism) ในเอเชียอีกด้วย สภาวะกึ่งอาณานิคมหมายความว่า แม้สยามจะไม่เคยตกเป็นเมืองขึ้นโดยตรงหรืออย่างเป็นทางการก็ตาม แต่ก็เผชิญทั้งอิทธิพลยั่วยวนจูงใจให้ผันตัวสู่ความศิวิไลซ์ตามแบบตะวันตก ซึ่งชนชั้นนำสยามก็ต้องการเช่นนั้นโดยสมัครใจ พร้อมกันนั้นก็มีการบังคับข่มขู่ให้ต้องเปลี่ยนแปลงตามตะวันตกต้องการด้วย ยุโรปเป็นตัวแบบในด้านต่างๆ รวมทั้งระบบกฎหมายด้วย[18]

ประการที่สอง การปฏิรูประบบกฎหมายในสยามเกิดขึ้นภายใต้กำกับของกษัตริย์สมบูรณาญาสิทธิราชย์ ในขณะที่นิติรัฐของยุโรปเกิดขึ้นเพื่อจำกัดอำนาจของรัฐ และการปกครอง**ของ**กฎหมาย (Rule of Law) ของอังกฤษ ต้องการให้กฎหมายเป็นใหญ่เหนือกว่ากษัตริย์ และยุติการปกครองตามอำเภอใจขององค์ราชันย์ผู้ทรงอำนาจสมบูรณ์

ประการที่สาม การปฏิรูประบบกฎหมายในสยามเกิดขึ้นเพื่อสนองรัฐสมัยใหม่ที่อ้างอำนาจเหนือดินแดนและรวมอำนาจที่ศูนย์กลาง แทนที่ระบบอำนาจแบบเดิมที่แตกเป็นหน่วยย่อย

---

[18] จนมักเข้าใจผิดกัน (ทั้งสมัยนั้นและสมัยนี้) ว่าสามารถโยกย้ายตัวแบบเหล่านั้นเอามาไว้ที่สยามได้ ทั้งที่ในความเป็นจริงย่อมต้องเกิดการปรับแปรให้สอดคล้องกับสภาพของสยาม (localization) ด้วยกันทั้งนั้น ไม่ว่าอยากจะเป็นแบบตะวันตกทั้งดุ้นก็เป็นไม่ได้ หรืออยากจะหลีกหนีไม่ตามตะวันตกก็หนีไม่พ้นเช่นกัน เกี่ยวกับเรื่องนี้ ดูบทที่ 2 ของธงชัย 2562

มากมายในดินแดนดังกล่าว กฎหมายและการบังคับใช้ก็ผิดแผกกันตามหน่วยอำนาจเหล่านั้นจนระบบระเบียบสับสน

ประการที่สี่ ประวัติศาสตร์ยุโรปผ่านสิ่งที่เรียกว่าการปฏิวัติศาสนาในศตวรรษที่ 16 และการเคลื่อนไหวทางภูมิปัญญาครั้งใหญ่ที่เรียกว่า ยุคเรืองปัญญา (The Enlighten-ment) ในศตวรรษที่ 17–18 ผลของสองกระบวนการนี้ ทำให้รัฐกับสถาบันทางศาสนาออกห่างจากกันจนถึงกับปะทะกันในทางวัฒนธรรมและสังคม ศาสนายังคงความสำคัญแต่เป็นเรื่องส่วนบุคคล ในขณะที่ค่านิยมแบบโลกวิสัย (secularism) แผ่ไปทั้งสังคม ระบบกฎหมายสมัยใหม่แบบบรรทัดฐานเกิดขึ้นในบริบทนี้เพื่อเป็นกฎกติกาของสังคมโลกวิสัย กฎหมายกับศีลธรรมเป็นคนละเรื่องกันแม้จะยังสัมพันธ์กันในทางสังคมก็ตาม[19] ถึงแม้จะมีการเปลี่ยนแปลงทางศาสนาครั้งใหญ่ในสยามเป็นครั้งคราวก็ตาม รวมทั้งครั้งสำคัญในกลางศตวรรษที่ 19 ที่นำไปสู่ธรรมยุติกนิกาย แต่การสังคายนาหรือปฏิรูปศาสนาในสยามไม่เคยนำไปสู่โลกวิสัย[20] หรือรัฐที่แยกห่างจากศาสนจักร ศาสนาพุทธในสยามผูกพันแน่นแฟ้นกับรัฐและสังคมอย่างที่เคยเป็นมา

---

[19] ปรีดี 2560: 318–319

[20] ภาวะโลกวิสัยในสยาม/ไทย เกิดขึ้นพัฒนามาอย่างไร ครอบคลุมปริมณฑลส่วนบุคคล–ส่วนรวมอย่างไรบ้าง เข้มแข็งมากน้อยขนาดไหน เป็นเรื่องหนึ่งซึ่งควรมีผู้ศึกษา

แต่โบราณแต่เป็นรัฐพุทธศาสนูปถัมภกในแบบใหม่ กฎหมายสมัยใหม่ในสยามเกิดขึ้นในบริบทนี้

ประการที่ห้า นิติศาสตร์สมัยใหม่แบบบรรทัดฐานเติบโตควบคู่มากับกระฎุมพีในระบบทุนนิยมเสรี กระฎุมพีไม่ต้องการให้รัฐเข้ามายุ่มย่ามกับกิจการและทรัพย์สินของเอกชน ไม่ต้องการให้รัฐเข้ามาแทรกแซงเรื่องของปัจเจกบุคคล ประชาธิปไตยเสรีนิยมอยู่บนพื้นฐานของวัฒนธรรมการเมืองนี้และเป็นที่มาของคำกล่าวที่รู้จักกันดีทั่วโลกว่า อำนาจมักฉ้อฉล อำนาจที่สมบูรณ์จึงฉ้อฉลสมบูรณ์แบบ (Power corrupts. Absolute power corrupts absolutely.) แต่ในสังคมไทยระบบกฎหมายสมัยใหม่เติบโตมากับสมบูรณาญาสิทธิราชย์ที่รัฐสามารถใช้อำนาจเหนือปัจเจกบุคคล ยิ่งไปกว่านั้นปรัชญาการเมืองของพุทธถือว่าอำนาจสะท้อนบุญบารมี คนมีอำนาจสูงก็เพราะมีบุญบารมีมาก อำนาจสมบูรณ์ย่อมเป็นของผู้มีบุญบารมีสูงสุด จึงตรงข้ามลิบลับกับอำนาจฉ้อฉลสมบูรณ์แบบ ระบบกฎหมายสมัยใหม่อยู่ในวัฒนธรรมเชิงอำนาจที่ตรงข้ามลิบลับกับแนวความคิดนิติรัฐ

ประการที่หก ผลสำคัญอย่างหนึ่งที่มากับประการที่สี่และห้าข้างต้นก็คือ ลัทธิปัจเจกชนนิยม (individualism) ที่

ถือว่ามนุษย์ทุกคนเท่าเทียมกัน และให้ความสำคัญอย่างสูงต่อทรัพย์สินส่วนบุคคล ความเป็นส่วนตัว เสรีภาพส่วนบุคคล ซึ่งทั้งหมดอยู่บนหลักความเชื่อเรื่องสิทธิของบุคคล (individual rights) รัฐจะละเมิดหรือพรากสิทธิและองค์ประกอบของความเป็นบุคคลไม่ได้ ข้อนี้ถือว่าเป็นหลักการพื้นฐานสำคัญที่สุดของนิติรัฐและการปกครอง**ของ**กฎหมายซึ่งพยายามจำกัดมิให้รัฐใช้อำนาจไปละเมิดสิทธิของบุคคลและรังเกียจอภิสิทธิ์ชนทุกชนิด สังคมไทยเข้าใจเรื่องปัจเจกชนแต่ไม่มีลัทธิปัจเจกชนนิยม (individualism)[21]

ประการที่เจ็ด ลัทธิอาณานิคมเชื่อว่าคนพื้นเมืองในโลกตะวันออกล้าหลัง ไม่รู้จักวิทยาศาสตร์และวิทยาการเรืองปัญญา กิจกรรมทางปัญญาจึงเป็นส่วนหนึ่งของอิทธิพลของจักรวรรดินิยมและมิชชันนารี โดยเฉพาะสิ่งพิมพ์สาธารณะและหนังสือพิมพ์ที่เพิ่มจำนวนอย่างรวดเร็วและขยายตัวต่อมาโดยปัญญาชนพื้นเมืองเอง ขนาดของผู้อ่านก็เพิ่มมากขึ้นเร็วเช่น

---

[21] แสวง 2545: 132–149. อันที่จริงทุกสังคมในโลกล้วนเข้าใจความแตกต่างแต่สัมพันธ์กันระหว่างส่วนบุคคลกับส่วนรวมด้วยกันทั้งนั้น แต่ประเด็นหนึ่งที่ทำให้วัฒนธรรมในสังคมทั้งหลายต่างกันและตะวันออกกับตะวันตกต่างกันก็คือ การให้น้ำหนักความสำคัญกับสองอย่างนี้ไม่เหมือนกัน ความต่างกันตรงนี้ ได้กลายเป็นพฤติกรรม ธรรมเนียมปฏิบัติจารีตประเพณี จนถึงเป็นสถาบันทางสังคมการเมืองและกฎหมายที่มีนัยยะต่อ “บุคคล–ส่วนรวม” ต่างกันไป

กัน ความรู้ความคิดใหม่ๆ จึงโลดแล่นในปริมณฑลสาธารณะ (public sphere) หมายถึงพื้นที่ที่ผู้คนสามารถแลกเปลี่ยนข่าวสาร ความรู้ ความคิด อำนาจของจักรวรรดิยังมักปกป้องปริมณฑลสาธารณะ มิให้อำนาจของรัฐท้องถิ่นปิดกั้นทำลายได้ นี่เป็นสภาพแวดล้อมอย่างใหม่ในสยามที่มีผลโดยตรงต่อการผลิตและไหลเวียนของความรู้ความคิดสมัยใหม่[22]

ปรีดี เกษมทรัพย์ ได้สรุปลักษณะสำคัญของกฎหมายสมัยใหม่ ดังต่อไปนี้[23]

1. มนุษย์ทุกผู้ทุกนามเป็นบุคคลเป็นตัวการของกฎหมาย (subject of law) หรือผู้ทรงสิทธิ จึงย่อมเสมอภาคกันเบื้องหน้ากฎหมายและรังเกียจอภิสิทธิ์ทั้งปวง

---

[22] แต่ปริมณฑลสาธารณะของสยามก็แตกต่างจากในโลกตะวันตก ในทางทฤษฎี (Jurgen Habermas, *The Structural Transformation of the Public Sphere*) ปริมณฑลสาธารณะในโลกตะวันตกหมายถึง พื้นที่ซึ่งสาธารณชนแลกเปลี่ยนกันได้อย่างเสรีและมีเหตุมีผล และย่อมได้รับการปกป้อง ในขณะที่ปริมณฑลสาธารณะในสยามในศตวรรษที่ 20 นั้นมีอำนาจแทรกแซงจากทั้งจักรวรรดินิยมและจากรัฐสยาม จนถึงทุกวันนี้ปริมณฑลสาธารณะของสยามจึงไม่เคยเป็นที่แลกเปลี่ยนและแสดงออกอย่างเสรีของปัจเจกบุคคลได้ ตรงกันข้ามเป็นปริมณฑลที่รัฐเข้าควบคุมแทรกแซงอยู่ตลอดเวลาไม่ว่าในพื้นที่สาธารณะจริง หรือหนังสือพิมพ์และสื่อมวลชนต่างๆ รัฐยังควบคุมวิทยุโทรทัศน์และคลื่นทั้งหมดในประเทศมาแต่เริ่มต้นและไม่มีวี่แววจะปล่อยด้วยซ้ำไป อย่างไรก็ตาม แม้จะมีการแทรกแซงควบคุม ก็เป็นปริมณฑลสาธารณะที่มีการแลกเปลี่ยนกันได้ในระดับหนึ่ง

[23] ปรีดี 2560: 198–202

2. ความคิดเกี่ยวกับทรัพย์สินว่าเป็นสิทธิสมบูรณ์และเด็ดขาดที่สุดในบรรดาสิทธิของเอกชนทั้งหลาย

3. กฎหมายรับรองเขตแดนอิสระของเอกชน (sphere of private autonomy) ที่เอกชนประพฤติปฏิบัติตามสมัครใจได้ ความเชื่อในศาสนาเป็นเรื่องส่วนบุคคล รัฐมีหน้าที่เพียงเพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีขั้นต่ำไว้เท่าที่จำเป็นเท่านั้น

4. ประชาชนจะต้องรับโทษแต่เฉพาะการกระทำผิดกฎหมายที่กฎหมายกำหนดไว้ชัดแจ้งและผ่านการพิจารณาคดีที่เปิดเผยและสุจริต

5. เจ้าพนักงานใช้อำนาจใดในการปกครองแต่จะลิดรอนสิทธิเสรีภาพหรือทรัพย์สินเอกชนได้ก็ต่อเมื่อมีกฎหมายกำหนดโดยชัดแจ้ง

6. หลักแบ่งแยกอำนาจบริหาร ตุลาการ นิติบัญญัติ

7. หลักความอิสระของตุลาการ

แต่นักนิติศาสตร์และผู้รู้หลายท่านชี้ให้เห็นว่ากฎหมายในเอเชียและประเทศไทยแตกต่างจากคุณลักษณะของกฎหมายสมัยใหม่ในโลกตะวันตกหลายประการ ซึ่งโดยมากเป็นผลจากจารีตกฎหมายเดิมก่อนสมัยใหม่ อาทิ ธรรมะและจริยธรรม

ไม่แยกออกจากกฎหมายอย่างสิ้นเชิงไม่ว่าจะไทย จีน ญี่ปุ่น หรืออินเดีย[24] ยังมีอิทธิพลศาสนาอยู่มากจึงไม่เป็นโลกวิสัย[25] กฎหมายของไทยให้ความสำคัญกับองค์รวม (เช่น เมือง ประเทศ อาณาจักร ชุมชน สังคม) มากกว่าปัจเจกชน ซึ่งมีความสำคัญในแง่ที่เป็นส่วนหนึ่งขององค์รวมตามแต่สถานะของเขา[26] แม้แต่นักกฎหมายที่ทำงานให้กับเอ็นจีโอของไทย ก็แสดงให้เห็นว่าคิดต่อปัจเจกชน ชุมชน ความสามัคคีและศาสนาในทำนองเดียวกัน[27] (ยังมีคุณลักษณะอย่างอื่นอีก เช่น การลงโทษแบบทารุณ การถือว่าผู้ต้องสงสัยทำความผิดจนกว่าจะพิสูจน์ว่าบริสุทธิ์ เป็นต้น ซึ่งจะกล่าวถึงต่อไป)

อดีตนักการทูตชาวตะวันตกตั้งข้อสังเกตว่า กฎหมายของไทยเน้นหน้าที่ไม่ใช่สิทธิ ชุมชนไม่ใช่ปัจเจกบุคคล ชั้นของบุคคลไม่ใช่ความเสมอภาค และสนใจการเจรจาหาทางออกมากกว่าการฟ้องร้องต่อสู้กัน เพราะต้องการประนีประนอมรอมชอมกันมากกว่าการลงโทษ กฎหมายมีไว้เพื่อหล่อหลอมควบคุมความประพฤติ ให้คนรู้จักตำแหน่งแห่งที่และหน้าที่ของตนในสังคม จุดมุ่งหมายที่สุดไม่ใช่ความยุติธรรม แต่

---

[24] ปรีดี 2560: 315–316

[25] Apirat 1987: chapter 5 esp. 144–145

[26] Apirat 1987: 167

[27] Munger 2012: 265–267

เพื่อความสงบเรียบร้อย ลงรอยเป็นอันหนึ่งอันเดียวกัน กลับสู่ระเบียบสังคมปกติ ซึ่งหมายถึงสังคมที่คนรู้จักสถานะหรือชั้นหรือที่ต่ำที่สูงของตน[28] ผู้เขียนเห็นว่าถ้าหากจะกล่าวอย่างง่ายๆ ว่ากฎหมายมีภารกิจสองด้านควบคู่กัน หนึ่ง เพื่อเป็นวินัย ควบคุมพฤติกรรมให้บุคคลอยู่ในกรอบไม่ละเมิดกฎหมาย หรือถึงขนาดให้หล่อหลอมให้มีพฤติกรรมในแบบเดียวกันและรู้จักหน้าที่ตามสถานะต่ำสูงของตน และสอง เป็นกติกาเพื่อจัดการกับความขัดแย้งระหว่างเอกชนด้วยกันในสังคมและระหว่างรัฐกับราษฎร ดูเหมือนว่าระบบกฎหมายในโลกตะวันตกหนักไปทางอย่างหลัง แต่ภารกิจของกฎหมายไทยหนักไปทางอย่างแรก[29]

ความแตกต่างและคุณสมบัติเหล่านี้น่าจะเป็นมรดกตกทอดของจารีตกฎหมายแต่เดิมที่ยังเหลืออยู่ในระบบกฎหมายสมัยใหม่ หรืออาจเป็นผลผลิตใหม่อันเนื่องมาจากการเปลี่ยนผันสู่ระบบกฎหมายและนิติศาสตร์สมัยใหม่ที่ต้องปะทะปรับแปรกับจารีตกฎหมายที่ดำรงอยู่ในสยามก่อนหน้านั้น ถ้า

---

[28] Wise 2018: 197–201

[29] พระพุทธโฆษาจารย์ (ป อ ปยุตฺโต) (2560) ได้อธิบายถึงนิติศาสตร์แนวพุทธไว้ยาวเหยียด เห็นได้ชัดว่าท่านเปรียบกฎหมายกับพระวินัยของสงฆ์ตลอดทั้งเล่ม แต่ไม่กล่าวถึงภารกิจของกฎหมายในแง่เป็นกติกาแก้ไขความขัดแย้งทางสังคมหรือกับรัฐแม้แต่น้อย หากเราไม่คิดว่านี่เป็นความเข้าใจผิดของท่านต่อกฎหมายสมัยใหม่ ก็น่าคิดว่านี่อาจจะเป็นความเข้าใจของคนในสังคมไทยโดยทั่วไปก็เป็นได้

เช่นนั้น เราจึงน่าจะมาพิจารณาคำถามสำคัญบางประการเกี่ยวกับจารีตกฎหมายเดิมของไทยที่น่าจะเกี่ยวพันกับการสร้างนิติศาสตร์สมัยใหม่

จารีตกฎหมายเดิมของไทยกับคำถามบางข้อที่เกี่ยวพันถึงการสร้างนิติศาสตร์สมัยใหม่

คำถามสำคัญคือกษัตริย์สยามก่อนสมัยใหม่เป็นองค์อธิปัตย์ (The Sovereign) ผู้บัญญัติกฎหมายหรือไม่

พระธรรมศาสตร์

นีติ ในภาษาสันสกฤตหมายถึงแบบฉบับธรรมเนียมที่พึงปฏิบัติ ธรรมะ หมายถึงระเบียบทางศีลธรรมซึ่งเป็นอย่างเดียวกับระเบียบโลกและจักรวาล ถือกันว่ากฎหมายเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันกับธรรมะ กล่าวคือเป็นกฎซึ่งควบคุมระเบียบทั้งปวงในโลกและไม่ขึ้นกับอำนาจหรือเจตจำนงของมนุษย์[30] คัมภีร์

[30] แลงกาต์ 2526: 42 ดังนั้นเราสามารถเรียกได้ว่าระเบียบสังคมที่กลายมาเป็นกฎหมาย

พระธรรมศาสตร์ซึ่งถือเป็นหลักกฎหมายตามจารีตฮินดู-พุทธที่มนุษย์ไม่ได้สร้างขึ้น แต่เป็นตัวเขียนที่เกิดขึ้นเอง ปรากฏอยู่บนกำแพงจักรวาล ข้ามพ้นกาลเวลา เฉพาะผู้มีฤทธิ์เดชมีบุญบารมีสูงอย่างพระมนูสาราจารย์ จึงจะสามารถเหาะขึ้นไปลอกมาจากกำแพงจักรวาล ดังปรากฏในตอนต้นของคัมภีร์พระธรรมศาสตร์ทั้งของฮินดูและพุทธ รวมทั้งของรัฐโบราณของพม่า ไทย มอญ และอื่นๆ[31]

พระธรรมศาสตร์ของฮินดูเป็นคัมภีร์กฎหมายที่สูงส่งเหนือมนุษย์ จึงถือกันว่ามนุษย์ทั้งหลายรวมทั้งกษัตริย์ผู้ปกครองด้วยต้องเชื่อฟังนับถือ พระธรรมศาสตร์ของฮินดูครอบคลุมเรื่องต่างๆ กว้างขวางกว่ารัฐธรรมนูญที่เรารู้จักกันมาก กล่าวคือเป็นบัญญัติกำหนดหน้าที่ทางศาสนาของบุคคลในวรรณะและสถานะต่างๆ (คหบดี พราหมณ์ กษัตริย์ เช่น กษัตริย์ผู้ปกครองพึงปฏิบัติตัวอย่างไรและปฏิบัติต่อ

ในคติฮินดู-พุทธนั้น เปรียบเสมือนกฎหมายธรรมชาติ (natural law) หากจัดประเภทตามคติกฎหมายตะวันตก (Apirat 1987: 155) ความต่างมีอยู่ว่ากฎหมายธรรมชาติของตะวันตกไม่เป็นตัวเขียน แต่กฎหมายธรรมชาติแบบฮินดู-พุทธเป็นลายลักษณ์อักษร (Lingat 1950: 10) บางคนถึงกับไม่รู้จะเรียกกฎหมายธรรมชาติแบบนี้ว่าอย่างไรดี (ตามความเข้าใจในปัจจุบัน) เช่น อิอิดะซึ่งเรียกว่า devine natural positive law (อิอิดะ 2530: 116-117)

[31] แต่แตกต่างกันไปในรายละเอียดของเรื่อง แล้วแต่เป็นฮินดูหรือพุทธ และแล้วแต่จารีตพุทธในมอญ พม่า ไทย ลาว ฯลฯ ซึ่งเขียนขึ้นในเวลาต่างๆ กัน (ดู Lingat 1973 และ Lammert 2015)

ราษฎรอย่างไร เป็นต้น) รวมถึงพิธีกรรมต่างๆ มากกว่าอย่างอื่น[32] กล่าวได้ว่าเป็นระเบียบกฎเกณฑ์ทางศีลธรรมที่ควรเป็น (ธรรม) ซึ่งเป็นอย่างเดียวกับระเบียบโลก (ธรรม)

เมื่อพุทธศาสนารับพระธรรมศาสตร์เข้ามาเป็นหลักจารีตกฎหมายของตน ก็ถูกปรับแปรให้เข้ากับพุทธและกับท้องถิ่น ดังเช่นพระธรรมศาสตร์ฉบับบาลีทั้งหลายที่พบในมอญพม่า ลดขนาดลงมาก สลัดพิธีกรรมธรรมเนียมของฮินดูออกไปและเปลี่ยนแปลงรายละเอียดหลายอย่าง เช่น เปลี่ยนให้พระมนูสาราจารย์เป็นปุโรหิตของพระมหาสมมติตามคติพุทธ[33] แต่ยังถือว่าพระธรรมศาสตร์เป็นกฎศักดิ์สิทธิ์ที่แม้แต่พระมหาสมมติก็พึงเคารพเช่นกัน เพราะเป็นคัมภีร์ศักดิ์สิทธิ์ที่เก่าแก่ในธรรมเนียมพุทธศาสนา[34] อย่างไรก็ตาม พระธรรมศาสตร์

---

[32] Hooker 1978: 100. แลงกาต์ 2526: 10 เขียนว่า "คัมภีร์นี้แบ่งเป็น 12 บรรพ... มีตัวบทกฎหมายที่แท้จริงคือกฎหมายอาญาและกฎหมายแพ่งอยู่เพียง 2 บรรพ คือบรรพ 8 และบรรพ 9 เท่านั้น... (คัมภีร์นี้) มุ่งที่จะวางหลักแห่งอุดมคติของชุมชนที่เป็นไปในเชิงศาสนามากกว่าจะจัดรวบรวมประมวลกฎหมายให้เป็นระเบียบมีความเกี่ยวโยงติดต่อกัน" Hooker ยังเขียนด้วยว่า "(The Dharmasastra) deals with the totality of obligations ascribed to individuals according to their status (varna) and place in life. (It) is the social and natural order in judicial character" (1978: 99)

[33] Lingat 1950: 12–15; Okudaira 2018: 107–109; Baker and Pasuk 2016: 14–15

[34] Pridi 1986: 281 เห็นว่ายังศักดิ์สิทธิ์เพราะเป็นกฎธรรมชาติที่ถาวรข้ามกาลเวลา เพราะแสดงพระธรรมของพุทธศาสนา ผู้รู้รายอื่นๆ ก็เห็นทำนองเดียวกันโดยชี้ว่าแม้แต่พระมหากษัตริย์ก็ต้องเคารพและอยู่ในกรอบของพระธรรมศาสตร์ แลงกาต์เห็นต่างจากคนอื่นๆ ตรงนี้ คือเห็นว่าพระธรรมศาสตร์ของพุทธลดความศักดิ์สิทธิ์ลง ถึงกับกล่าวว่า

ยังกล่าวถึงหน้าที่ของบุคคลตามสถานะทางสังคม เพราะธรรมเป็นทั้งเรื่องของศีลธรรมความประพฤติปฏิบัติและเป็นระเบียบโลกถึงแม้จะไม่มีเรื่องวรรณะแล้วก็ตาม ที่สำคัญที่สุดคือหน้าที่และสิ่งที่กษัตริย์พึงเป็นและพึงกระทำ[35] พระธรรมศาสตร์ของพุทธเป็นคัมภีร์ทางกฎหมายชัดเจนขึ้น แลงกาต์เห็นว่าเป็น civil law[36] ว่าด้วยคดีความระหว่างราษฎร แต่ปรากฏว่าสาระสำคัญของกฎหมายเหล่านี้ไม่ตรงกับคัมภีร์ฮินดู กลับรวมเอาธรรมเนียมปฏิบัติตามแบบฉบับของท้องถิ่นในมอญพม่าเข้ามาด้วย เท่ากับว่าทำให้ธรรมเนียมของท้องถิ่นแต่ดั้งเดิมกลายเป็นกฎหมายระดับพระธรรมศาสตร์ทีเดียว[37] สาระของพระธรรมศาสตร์กลายเป็นพม่าไปแล้ว[38]

พระธรรมศาสตร์คงเข้ามาในดินแดนสยามประเทศนานมากแล้วโดยผ่านทางมอญและพม่า โดยเฉพาะในคราวเสียกรุงฯ

กฎหมายแยกออกจากศาสนา (Lingat 1950: 16, 21, 23)

[35] พระองค์เจ้าธานีนิวัตเรียกว่าเป็นคุณสมบัติของ the ideal monarch (Dhani 1969: 94)

[36] อย่างไรก็ตามความพยายามจัดว่า "มูลคดี" ที่ปรากฏในพระธรรมศาสตร์ว่าเป็นกฎหมายแพ่งหรืออาญา เป็นเรื่องของเสรีภาพและสิทธิส่วนบุคคล หรือเป็นเรื่องของอาญาแผ่นดินและความสัมพันธ์กับรัฐ เหล่านี้ยังไม่ลงตัวนัก (Pridi 1986: 281; Thanin 1963: 48) ผู้เขียนสงสัยว่าอาจเป็นความพยายามที่ไม่เกิดประโยชน์เท่าไหร่นักเพราะเป็นการแบ่งประเภทที่ผิดฝาผิดตัวกัน

[37] Lingat 1950: 14, 16, 21

[38] Lingat 1950: 18 งานที่ศึกษาพระธรรมศาสตร์ของพม่าอย่างดี คือ Lammert 2015

ครั้งที่หนึ่ง (ปลายศตวรรษที่ 16) พระธรรมศาสตร์ฉบับของไทยเท่าที่มีอยู่แตกต่างจากของมอญพม่าพอสมควร เช่น จัดหมวดของคดีเป็น 39 ประเภทแทนที่จะเป็น 18 ประเภท[39] และในขณะที่ของมอญพม่าแยก “มูลคดี” (หมายถึงการจัดประเภทพื้นฐานตามพระธรรมศาสตร์) เป็นคนละฉบับจาก “สาขาคดี” (หมายถึงพระราชกำหนด พระราชบัญญัติ กฎหมายที่กษัตริย์บัญญัติขึ้นเพิ่มเติม)[40] ลักษณะเฉพาะของพระธรรมศาสตร์ของไทยก็คือการรวมเอากฎหมายและบัญญัติของกษัตริย์ (สาขาคดี) เข้าไว้ในคัมภีร์ฉบับเดียวกับพระธรรมศาสตร์ (มูลคดี)[41] คาถาภาษาบาลีที่ใช้ขึ้นต้นข้อความแต่ละตอนในพระธรรมศาสตร์ของมอญกับของกฎหมายตราสามดวงแตกต่างกันมาก ย่อมแสดงว่าไม่ใช่การคัดลอกตรงๆ จากต้นฉบับ แต่มีการปรับและพัฒนาการที่เป็นของแต่ละท้องถิ่นด้วย[42]

---

[39] Hooker 1978: 17–27 ยกเอาข้อนี้เป็นเหตุผลหนึ่งเพื่อเตือนให้ระวังว่า อย่าเพิ่งทึกทักว่าจารีตกฎหมายในพม่า ไทย เขมร จามปา หรือชวามาจากฮินดูอย่างใกล้ชิด เพราะเราพบว่าพระธรรมศาสตร์ในเอเชียตะวันออกเฉียงใต้แตกต่างจากฉบับของฮินดูมากพอสมควร

[40] Pridi 1986: 276–277 ให้ความเห็นว่าพระธรรมศาสตร์ของไทยค่อนข้างเป็นระบบและดูคล้ายกับประมวลกฎหมาย (code law) ของยุโรป

[41] Lingat 1950: 25–26

[42] ชาญณรงค์ 2548: 115

น่าสงสัยว่าจารีตเกี่ยวกับพระธรรมศาสตร์ที่เดินทางจากชมพูทวีปถึงสยามประเทศ เปลี่ยนแปลงไปมากน้อยขนาดไหน นอกจากพระคัมภีร์ที่เปลี่ยนไปถึงขนาดรวมเอาสาขาคดีเข้าไว้เป็นฉบับเดียวกับคัมภีร์ธรรมศาสตร์แล้ว มีอย่างอื่นอีกหรือไม่ และการรวบเข้าไว้ด้วยกันเช่นนั้นมีนัยอย่างไรหรือไม่

ประเด็นที่น่าคิดก็คือ ที่กล่าวกันว่าพระธรรมศาสตร์สำคัญมาก ถึงขนาดที่ผู้รู้หลายท่านเชื่อว่ากษัตริย์ไม่มีอำนาจหรือบทบาทบัญญัติกฎหมายสำคัญๆ เพราะมีพระธรรมศาสตร์อยู่แล้ว และเชื่อว่ากฎหมายสาขาคดีทั้งหลายก็ละเมิดพระธรรมศาสตร์ไม่ได้นั้น พระธรรมศาสตร์เป็นตัวบทหลักที่ใช้อ้างอิงตรวจสอบอย่างเคร่งครัดขนาดเสมือนเราอ้างอิงตรวจสอบกับรัฐธรรมนูญหรือ การที่เราไม่พบพระธรรมศาสตร์ฉบับใดอื่นนอกจากที่อยู่ในกฎหมายตราสามดวง[43] มีนัยอย่างไร เป็น

---

[43] Baker and Pasuk 2015: 6–7 ตั้งคำถามว่าคัมภีร์พระธรรมศาสตร์ในสยามที่เก่ากว่าที่อยู่ในกฎหมายตราสามดวง (1805) หายไปไหนหมด ในขณะที่ แลงกาต์ระบุว่าในพม่าเมื่อปี 1888 พบมากกว่า 100 ฉบับ โดยที่ 40 ฉบับยังใช้อยู่ในขณะนั้น Lammert 2015 ก็ระบุฉบับหลักๆ ได้มากมายหลายชิ้น แม้ว่าเก่าสุดจะเพียงประมาณศตวรรษที่ 17 ก็ตาม Lingat 1949: 27 คาดว่าในไทยน่าจะมีหลายฉบับเช่นกัน แต่ได้รวมกันไว้ในฉบับเดียวเมื่อครั้งชำระเป็นกฎหมายตราสามดวง แต่เขามิได้ให้หลักฐานประกอบใดๆ และยังไม่ได้ตอบคำถามอยู่ดี ผู้เขียนเคยสงสัยทำนองเดียวกันนี้กับแผนที่โบราณ กล่าวคือ มีแผนที่โบราณสารพัดชนิดใน British Library ประมาณ 200 ชิ้น พบตามวัดต่างๆ ทั่วไป แต่ทำไมจำนวนของแผนที่โบราณที่พบในดินแดนประเทศไทยจึงมีจำนวนน้อยเหลือเกิน ที่พบหลังๆ ก็มาจากวังแทบทั้งสิ้น คำตอบประเภท “พม่าเผาไปหมดตอนเสีย

ไปได้หรือไม่ว่าพระธรรมศาสตร์อาจเป็นที่รู้จักนับถือบูชาในฐานะคัมภีร์ศักดิ์สิทธิ์ แต่อาจไม่ใช่เอกสารที่ใช้ตรวจสอบอ้างอิงอย่างเคร่งครัดอย่างที่เชื่อกัน ทำนองเดียวกับที่เรารู้จักนับถือบูชาพระไตรปิฎกแต่แทบไม่เคยเปิดศึกษาจริงๆ

Okudaira อ้างหลักฐานที่แสดงว่า ณ ปลายศตวรรษที่ 19 พระธรรมศาสตร์อาจไม่เป็นที่รู้จักในพม่าเท่าไรนัก ทั้งๆ ที่ในคำพิพากษาของศาลหลายฉบับเอ่ยถึงพระธรรมศาสตร์อย่างเทิดทูนบูชา[44] Okudaira สงสัยว่าอย่างไหนกันแน่ที่ถูกต้อง ผู้เขียนสงสัยว่าเป็นไปได้ไหมว่าถูกต้องทั้งสองอย่าง กล่าวคือ พระธรรมศาสตร์อยู่ในสถานะที่เปรียบได้กับพระไตรปิฎกที่ชาวพุทธมักอ้างถึง ทั้งๆ ที่ชาวพุทธอย่างเราโดยปกติไม่เคยอ่าน ไม่อ้างอิงตรวจสอบกับพระไตรปิฎกเลย เพราะคัมภีร์ศักดิ์สิทธิ์สูงสุดควรอยู่ในตู้ธรรมมีไว้บูชา ชาวพุทธโดยทั่วไปในสังคมไทยในอดีตจนถึงปัจจุบัน คุ้นเคยกับอรรถกถาของพระอาจารย์บางท่านมากกว่า แต่ที่คุ้นเคยที่สุดก็คือชาดกและเรื่องราวต่างๆ ที่พระสงฆ์เทศนาในชีวิตประจำวัน พระสงฆ์อาจจะเอ่ยถึงพระไตรปิฎกบ่อยกว่า แต่สักกี่คนที่เคยเปิดดูหรือถือ

กรุง” เป็นการเดาที่ถูกแย้งมากขึ้นทุกทีเพราะไม่น่าเป็นไปได้ แถมเอกสารเหล่านี้ไม่ใช่พระราชพงศาวดาร จึงน่าจะกระจายตามศูนย์อำนาจในหัวเมืองหลายแห่ง แต่ผู้เขียนไม่ขอคาดเดาคำตอบใดๆ ทั้งสิ้น

[44] Okudaira 2018: 53–55

เป็นตำราเพื่ออ้างอิงตรวจสอบจริงๆ อย่างที่ผู้รู้หนังสือในสมัยใหม่ทำ ผู้พิพากษาอาจจะเอ่ยถึงพระธรรมศาสตร์ แต่กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับชีวิตของคน ทั้งเจ้าผู้ปกครองและราษฎรทั้งหลายมากกว่า (อาจรวมทั้งลูกขุนตระลาการด้วย) ได้แก่กฎหมายและคำสั่งต่างๆ ซึ่งกษัตริย์บัญญัติขึ้นบังคับใช้

ความเชื่อทางวิชาการที่ว่าในเมื่อมีพระธรรมศาสตร์ที่สูงส่งศักดิ์สิทธิ์อยู่แล้ว กษัตริย์ไทยแต่ก่อนจึงไม่มีอำนาจบัญญัติกฎหมาย อาจเป็นการเข้าใจผิด

พระราชศาสตร์

ในเดือนมีนาคม 2492 แลงกาต์ได้บรรยายที่สยามสมาคม เรื่อง "วิวัฒนาการความคิดทางกฎหมายในพม่าและสยาม" (The Evolution of the Conception of Law in Burma and Siam) ซึ่งตีพิมพ์ในปีถัดมา ตอนหนึ่งเขากล่าวว่า

> "ผู้ปกครองไม่มีอำนาจออกกฎหมาย (หน้าที่ของเขา) คือรักษาระเบียบและความสงบเพื่อปกป้องราษฎรของเขาให้ปลอดจากอันตราย ... จะต้องลงโทษผู้ละเมิดประเพณี และยุติข้อพิพาทระหว่างราษฎร ดังนั้น

ผู้ปกครองจึงเป็นผู้พิพากษาและผู้ไกล่เกลี่ยสูงสุด ... คำพิพากษาของเขาเป็นที่สุด”[45] (แปลโดยผู้เขียน)

อันที่จริงข้อความทำนองเดียวกันพระองค์เจ้าธานีนิวัตได้นำเสนอไว้เช่นกันไม่กี่ปีก่อนนั้น คือในปี 2489 ว่า

“ในเรื่องหน้าที่นิติบัญญัตินั้น... บรรดากฎหมายโบราณทั้งปวง เมื่อพระมหากษัตริย์จะทรงบัญญัติออกไปอย่างไร ย่อมทรงอ้างมูลคดีอันใดอันหนึ่งใน 39 นี้เสมอ ดูเหมือนกับว่าพระมหากษัตริย์ไม่ทรงถือสิทธิที่จะทำการนิติบัญญัตินอกเหนือคัมภีร์พระธรรมศาสตร์ได้อย่างไรเลย ถ้าจะใช้ภาษาสมัยปัจจุบันก็แทบจะเดาได้ว่า คัมภีร์พระธรรมศาสตร์เป็นรัฐธรรมนูญจำกัดพระราชอำนาจทางนิติบัญญัติมาแต่โบราณกาล” [46]

---

[45] Lingat 1950: 9

[46] ธานีนิวัต 2489: 14–15 ซึ่งเป็นฉบับภาษาไทยของบทความสำคัญ “The Old Siamese Conception of the Monarchy” (Dhani 1969 ตีพิมพ์ครั้งแรกเมื่อ 1947/2490) ทั้งสองชิ้นมาจากคำบรรยายต่อหน้าพระพักตร์ในหลวงรัชกาลที่ 8 และพระอนุชา ที่สยามสมาคม เมื่อ 14 มีนาคม 2489) ข้อความเดียวกันนี้ในบทความภาษาอังกฤษคือ “A feature worthy of notice is the legislative power of the monarch of old. The old treatise of the Thammasat divided law into two main categories, namely: principles (mulakadi) for the judicature consisting of 10 titles, and principles for the people’s litigation consisting of 29 titles. Laws promulgated in those days were invariably based upon on or other of these titles. Beyond them, the monarch seemed to have been curiously limited in his legislative power.” โปรดสังเกตว่า

ข้อความนี้หรือคล้ายๆ กันถูกนำเสนอในงานที่ศึกษาเกี่ยวกับประวัติศาสตร์กฎหมายของไทยเสมอ[47] เพื่อตอกย้ำว่ากษัตริย์ไทยไม่มีอำนาจสมบูรณ์อย่างที่มีคนเข้าใจผิดๆ เพราะอำนาจนิติบัญญัติมีจำกัด จึงต้องขยายความเพิ่มเติมอีกว่า "พระราชศาสตร์" (ซึ่งเป็นคำรวมของพระราชกำหนด พระราชบัญญัติ และกฎอื่นๆ ที่กษัตริย์บัญญัติขึ้น)[48] ไม่สำคัญนักเพราะเป็นแค่ส่วนขยายของพระธรรมศาสตร์เพื่อการบริหารบ้านเมืองชั่วคราวเท่านั้นและจบไปตามรัชสมัย ไม่มีผลบังคับยั่งยืน ส่วนจะใช้ต่อไปหรือไม่ขึ้นอยู่กับกษัตริย์องค์ต่อไป[49] ต่างกับพระธรรมศาสตร์ซึ่งยั่งยืนถาวรและไม่มีการเปลี่ยนแปลง เพราะพระราชศาสตร์สร้างโดยมนุษย์ จึงไม่ศักดิ์สิทธิ์เหมือนพระธรรมศาสตร์ที่มาจากพระธรรมหรือพระเจ้า[50]

ประโยค "พระมหากษัตริย์ไม่ทรงถือสิทธิที่จะทำการนิติบัญญัตินอกเหนือคัมภีร์พระธรรมศาสตร์ได้อย่างไรเลย" ไม่ปรากฏตรงชัดขนาดนั้นในภาษาอังกฤษ

[47] ตัวอย่างเช่น แสวง 2545: 148–149, กิตติศักดิ์ 2556: 59, สุรพล ไตรเวทย์ ในเรอเน่ กียอง 2550: 28, ชาญณรงค์ 2548: 90 (และอธิบายขยายความในหน้า 88–95) และอีกหลายคน

[48] Lingat 1950: 18, 26 และ Okudaira 2018: 183 ระบุว่า Rajasattham หรือพระราชศาสตร์ของพม่าเป็นการรวบรวมคำตัดสินคดีความโดยกษัตริย์และปราชญ์คนสำคัญรวบรวมได้หลายสิบเล่ม แต่ในจำนวนนี้มีอยู่มากพอสมควรที่เป็นการคัดลอกจากคัมภีร์และอรรถกถาหรืองานประพันธ์ทางวรรณกรรมที่เกี่ยวกับการปกครองรักษาความสงบเรียบร้อย

[49] Lingat 1950:26, Kanaphon 2010: 51, Apirat 1987: 118

[50] Pridi 1986: 281 น่าสังเกตด้วยว่าหลายท่านมักจะแปล "ราชศาสตร์" เป็นภาษา

เบเกอร์และผาสุกโต้แย้งความเชื่อที่ว่ากษัตริย์สยามก่อนยุคสมัยใหม่ไม่มีอำนาจบัญญัติกฎหมาย เขาเสนอว่าความสำคัญของกฎหมายที่บัญญัติโดยกษัตริย์ เป็นลักษณะพิเศษอย่างหนึ่งของอยุธยา การบัญญัติกฎหมายเป็นกุญแจสำคัญสำหรับการปกครองสังคมที่ซับซ้อนและวุ่นวายบ่อยครั้งอย่างอยุธยา กฎหมายของอยุธยาคือกฎหมายของกษัตริย์[51]

หากเราเทียบพระราชศาสตร์กับพระธรรมศาสตร์ ก็คงเข้าใจได้ไม่ยากว่ากษัตริย์ไทยไม่มีอำนาจระดับเดียวกับผู้สร้างพระธรรมศาสตร์หรือผู้ค้นพบพระธรรม แต่การเทียบเช่นนั้นช่วยให้เราเข้าใจอำนาจของกษัตริย์ในการออกกฎหมายและความสำคัญของกฎหมายที่กษัตริย์บัญญัติขึ้นบังคับใช้ต่อราษฎรหรือ? แลงกาต์เองกล่าวว่าคงไม่มีกษัตริย์คนไหนสับสนระหว่างอำนาจของตนกับความศักดิ์สิทธิ์ของพระธรรมและพระธรรมศาสตร์ แต่กษัตริย์ก็ยังมีอำนาจสมบูรณ์ที่จะกระทำอะไรได้ตามที่ตนต้องการ[52]

ดังที่ได้กล่าวแล้วว่าพระราชศาสตร์ของไทยมีอีกลักษณะหนึ่งที่ไม่ปรากฏในที่อื่นนั่นคือ การที่พระราชศาสตร์ถูกรวม

อังกฤษว่า “royal ordinance” ซึ่งหมายถึงกฎหมายที่มีความสำคัญชั้นรองๆ (ปัจจุบันมักใช้กับกฎเทศบาล เป็นต้น) ดู Dhani 1969 (1947): 97 และหลายคนก็ใช้ตามกันต่อๆ มา

[51] Baker and Pasuk 2016: 12, 31

[52] Lingat 1950: 26

เข้าไว้เป็นคัมภีร์เล่มเดียวกับพระธรรมศาสตร์ แม้จะแยกเป็นคนละส่วนกันชัดเจนก็ตาม[53] การทำเช่นนี้ทำให้พระราชศาสตร์กลายเป็นส่วนหนึ่งของคัมภีร์ศักดิ์สิทธิ์ทางกฎหมายไปด้วย ในเมื่อมีธรรมเนียมชำระกฎหมายเป็นครั้งคราว บางบทบางมาตราถูกตัดทิ้ง หลายบทหลายมาตราคงอยู่ข้ามรัชสมัยต่อมา ไม่เป็นไปตามทฤษฎีที่ว่าราชศาสตร์จบไปเมื่อสิ้นรัชสมัย กลายเป็นว่าราชศาสตร์จำนวนไม่น้อยกลายเป็นกฎหมายที่ถาวร ไม่ใช่ส่วนเพิ่มเติมที่บัญญัติโดยกษัตริย์ชั่วครั้งชั่วคราวอีกต่อไป แถมมีความศักดิ์สิทธิ์อีกด้วย[54] บัญญัติของกษัตริย์จึงกลายเป็นกฎหมายถาวรมิใช่เพราะมาจากกษัตริย์ แต่เพราะอิงแอบกับอำนาจศักดิ์สิทธิ์ของพระธรรมศาสตร์ เช่นนี้แล้ว

---

[53] Kanaphon 2010 หน้า 51 อธิบายกระบวนการนี้อย่างชัดเจนคือ 1) กษัตริย์บัญญัติราชศาสตร์ มีวันเดือนปีและเหตุผลระบุไว้เสร็จสรรพ 2) ครั้นราชศาสตร์ที่สะสมข้ามรัชสมัยมีจำนวนมากขึ้นสับสนมากขึ้นจนยากจะนำไปใช้ ก็จะทำการชำระ เก็บไว้เฉพาะใจความสำคัญ 3) จากนั้นจะถูกนำไปผนวกรวมเข้าในคัมภีร์กฎหมายเล่มเดียวกัน ลักษณะพิเศษข้อนี้ นักประวัติศาสตร์กฎหมายของไทยรู้จักกันดี นอกจาก Lingat 1950 และ 1973, Kanaphon 2010, และ Baker and Pasuk 2016 แล้ว Hooker 1978: 29 และ Apirat 1987: 155 ก็กล่าวถึงด้วย เป็นต้น

[54] Lingat 1950: 26–28; Baker and Pasuk 2016: 8 เห็นว่าในทางทฤษฎีกษัตริย์องค์ใหม่สามารถชำระกฎหมายได้ทุกต้นรัชกาล ในทางปฏิบัติการชำระกฎหมายเกิดขึ้นไม่บ่อยนัก Pridi 1986: 281–283 ยกย่องว่าการรวมกฎหมายที่มนุษย์สร้างขึ้นเข้ากับพระธรรมศาสตร์ที่เป็นกฎจักรวาลนับเป็นอัจฉริยภาพของจารีตกฎหมายไทย (283) แต่ในขณะเดียวกันปรีดีก็ยังยืนยันว่ากษัตริย์ไทยไม่มีอำนาจบัญญัติกฎหมายเพราะพระราชศาสตร์หมดอายุไปกับรัชสมัย

กษัตริย์สยามก็มีอำนาจแทบไม่ต่างอะไรกับผู้สร้างกฎหมายเอง[55] Hooker กล่าวว่ากษัตริย์สยามคือศูนย์กลางของโลกทางกฎหมาย แถมกฎหมายเหล่านั้นเป็นพื้นฐานให้ความชอบธรรมแก่อำนาจของกษัตริย์โดยตรงและทันทียิ่งกว่าพระธรรมศาสตร์หรือคัมภีร์ศาสนาใดๆ เสียอีก[56]

กษัตริย์ผู้ทรงอำนาจบัญญัติกฎหมาย (The Sovereign)

กษัตริย์สยามก่อนยุคสมัยใหม่มีอำนาจบัญญัติกฎหมายอย่างสำคัญหรือไม่ ประเด็นนี้เป็นเรื่องใหญ่ที่ไม่มีคนหยิบยกขึ้นมาอภิปรายเกินกว่าครึ่งศตวรรษ เพราะความเชื่อว่ากษัตริย์สมัยก่อนไม่มีอำนาจสมบูรณ์ เป็นส่วนหนึ่งของความพยายามปฏิเสธว่ากษัตริย์ไทยสมัยก่อนไม่ใช่เทวราช ไม่ใช้อำนาจบาตรใหญ่ ไม่ใช่ absolute monarch อย่างฝรั่ง แต่เป็นธรรมราชาตามจารีตที่สืบทอดมาแต่สุโขทัย[57] เบเกอร์และผาสุกโต้แย้งว่า กษัตริย์อยุธยาเริ่มบัญญัติกฎหมายตั้งแต่ศตวรรษที่ 15 ขยายขอบข่ายของกฎหมายขึ้นในศตวรรษที่ 17 เมื่อถึงปลาย

---

[55] Baker and Pasuk 2016: 27; Lingat 1950: 29–30

[56] Hooker 1978: 100 203

[57] Dhani 1969

อยุธยา กฎหมายเป็นส่วนสำคัญที่ช่วยในการขยายอำนาจของรัฐ มีระบบศาลระบบตุลาการที่ใหญ่โตซับซ้อนเป็นส่วนหนึ่งของโครงสร้างของรัฐ[58] ชาวต่างชาติหลายคนที่เข้ามาอยุธยา มีความเห็นว่ากฎหมายของอยุธยาค่อนข้างเป็นระบบและพัฒนามาก[59]

หลักฐานอย่างหนึ่งที่แสดงถึงระดับการพัฒนาของกฎหมายอยุธยาก็คือ กฎหมายจำนวนมากที่สร้างขึ้นในสมัยนั้น ซึ่งมีความละเอียดและซับซ้อนมาก เราอาจกล่าวว่าอยู่ในกรอบของพระธรรมศาสตร์ แต่เห็นได้ชัดว่าสะท้อนการพัฒนามานานในสังคมของอยุธยาเอง มิใช่การแปลมาจากพระธรรมศาสตร์ซึ่งมาจากประสบการณ์ของสังคมอื่น ตัวอย่างที่เบเกอร์และผาสุกศึกษาอย่างจริงจังก็คือ กฎมณเฑียรบาลของอยุธยา สาระของกฎหมายนี้สะท้อนหลักใหญ่ของการเมืองและระเบียบสังคมอยุธยาได้แก่ 1) ลำดับชั้นของคนในสังคม กฎมณเฑียร-บาลได้ระบุไว้ละเอียดยิบเป็นรูปธรรม ตามประสบการณ์ของอยุธยาเอง 2) การพิทักษ์ปกป้ององค์พระมหากษัตริย์และพระราชวัง กฎมณเฑียรบาลแปลอย่างง่ายคือ กฎเกี่ยวกับเรือนหลวง ซึ่งนัยยะของสมัยนั้นหมายถึงเป็นส่วนขยายของ

[58] Baker and Pasuk 2016: 9, 30

[59] Kanaphon 2010: 63–67; ศศิกานต์ 2548: 22–26

องค์พระมหากษัตริย์ พระราชวังมิใช่เป็นเพียงที่อยู่แต่เป็นส่วนหนึ่งของความเป็นพระมหากษัตริย์ ซึ่งเป็นผู้ค้ำจุนโลกให้อยู่ในระเบียบเรียบร้อยสงบสุข กฎมณเฑียรบาลจึงสำคัญมาก ผู้ละเมิดต้องถูกลงทัณฑ์หนักที่สุดกว่าความผิดอื่น เมื่อไม่กี่ปีที่ผ่านมาถึงขนาดมีคำถามว่ากฎมณเฑียรบาลกับรัฐธรรมนูญอย่างไหนเป็นกฎหมายที่สูงกว่ากัน นอกจากกฎมณเฑียรบาลแล้วยังมีกฎหมายอื่นๆ หลายฉบับที่สะท้อนลักษณะความเป็นไปของสังคมอยุธยาและมีผลบังคับใช้อย่างยาวนานหลายร้อยปี อาทิ พระไอยการอาญาหลวง ซึ่งเป็นกฎหมายอีกฉบับที่มีบทลงโทษรุนแรงมาก มีรายละเอียดอย่างมากเกี่ยวกับสังคมอยุธยา ในขณะที่มูลคดีในพระธรรมศาสตร์เป็นหลักเกี่ยวกับกรณีพิพาทวิวาทกันระหว่างราษฎรเป็นส่วนใหญ่ เหล่านี้เป็นตัวอย่างและเหตุผลเพื่อยืนยันว่ากษัตริย์ไทยก่อนสมัยใหม่มีอำนาจและทำการบัญญัติกฎหมายมาหลายร้อยปีก่อนหน้าการปฏิรูประบบกฎหมายสมัยใหม่

อันที่จริงมีอีกกรณีหนึ่งซึ่งรู้จักกันดีคือคดีอันเป็นจุดกำเนิดของการชำระกฎหมายตราสามดวง อำแดงป้อมเป็นชู้แล้วฟ้องหย่านายบุญศรีผู้เป็นสามี ลูกขุนตระลาการตัดสินให้หย่าขาดได้ พระเจ้าอยู่หัวรัชกาลที่ 1 จึงเข้าแทรกแซงเพราะเห็นว่าไม่

ยุติธรรมต่อสามี จึงสั่งให้มีการชำระกฎหมายทั้งหมด กรณีนี้นักประวัติศาสตร์กฎหมายแทบทุกคนถือเป็นหลักฐานยืนยันว่ากษัตริย์ไทยยึดมั่นอยู่ในกรอบของพระธรรมศาสตร์ เมื่อเห็นว่าอาจจะมีการผิดเพี้ยนก็ต้องย้อนกลับไปชำระสะสางให้แน่ใจ มียกเว้นคนหนึ่งที่เห็นต่างคือแลงกาต์ บรมครูประวัติศาสตร์กฎหมายที่ทุกคนให้ความยกย่อง แลงกาต์ตั้งข้อสังเกตและคำถามที่น่าสนใจมากกว่า พระเจ้าอยู่หัวรัชกาลที่ 1 มั่นใจว่ากฎหมายคลาดเคลื่อน แต่มิได้คิดเลยว่าอาจเป็นบทดั้งเดิมที่มีมานานแท้จริงก็ได้ พระองค์อาศัยความคิดของพระองค์เองเป็นเหตุผลเพื่อเข้าแก้ไขกฎหมาย นี่เป็นการแสดงถึงโบราณราชประเพณีที่ให้อำนาจกษัตริย์ในการวินิจฉัยว่าอะไรวิปลาสและอะไรยุติธรรม แล้วบัญญัติและแก้ไขกฎหมายตามต้องการหากพระองค์เห็นว่าเป็นไปเพื่อรักษาระเบียบสังคม[60]

แลงกาต์ยังกล่าวอีกว่า คำปรารภของกฎหมายตราสามดวงเขียนไว้ว่าการชำระกฎหมายครั้งนี้ก็เปรียบได้กับการชำระพระไตรปิฎก คือเป็นการฟื้นฟูให้กลับสู่สภาพเดิมที่ถูกต้อง คำกล่าวเช่นนี้ก็เป็นคำกล่าว "ในเชิงทฤษฎี"[61] เราทราบดีว่าการสังคายนาพระไตรปิฎกแทบทุกครั้งเป็นการปรับเปลี่ยนให้

---

[60] Lingat 1950: 11 หรือใน ปรีดี พิศภูมิวิถี (แปล) 2548: 131–135

[61] Lingat 1950: 30 หมายถึงกล่าวตามธรรมเนียมหรือกล่าวเป็นพิธีนั่นเอง

เหมาะสมกับสภาพแวดล้อมที่เปลี่ยนไป มีการเปลี่ยนคำและความใหม่ๆ ด้วยทุกครั้ง แต่ตามธรรมเนียมของเถรวาท จะต้องให้เหตุผลทุกครั้งว่าการสังคายนาเป็นการกลับสู่สภาพเดิมที่ถูกต้องแท้จริง พระธรรมศาสตร์ก็อ้างทำนองเดียวกัน

ทำไมจึงเชื่อกันว่ากษัตริย์ไทยไม่มีอำนาจนิติบัญญัติ เบเกอร์และผาสุกคาดถึงหลายสาเหตุ เช่น ให้น้ำหนักกับพระธรรมศาสตร์และจารีตกฎหมายฮินดูมากไป จึงพยายามมองจากธรรมเนียมที่มีอยู่ในฮินดูเป็นหลัก (หรือฮินดูเป็นศูนย์กลาง Hindu-centrism) จนอาจมองข้ามลักษณะเฉพาะและความเปลี่ยนแปลงที่เกิดขึ้นในระบบกฎหมายที่สยามรับเข้ามา แลงกาต์ตีความเลยเถิดไปมาก ตีความแบบให้พระธรรมศาสตร์เป็นศูนย์กลางมากไปเพราะเชื่อตามวิชาการประวัติศาสตร์ในขณะนั้นว่ารัฐในสุวรรณภูมิ (ซึ่งรวมรัฐในดินแดนประเทศไทยด้วย) เป็นรัฐใต้อิทธิพลภารตะ (Indianized states) ดังนั้นกฎหมายของมอญ พม่าและไทยจึงน่าจะเป็นเพียงสาขาหนึ่งของกฎหมายฮินดู[62] เบเกอร์และผาสุกสวนทางแลงกาต์ (และนักประวัติศาสตร์กฎหมายไทยแทบทั้งหมด)

---

[62] Baker and Pasuk forthcoming: 17-18 ผู้เขียนขอเพิ่มข้อสังเกตว่า ข้อความของแลงกาต์ดังกล่าวเป็นคำอธิบายพระธรรมศาสตร์ราชศาสตร์ “ในทางทฤษฎี (in theory)” และเขาสนใจว่าพระธรรมศาสตร์ในมอญพม่าและสยามต่างจากฮินดูอย่างไรด้วย ในที่สุดเขาก็ย้ำถึงลักษณะเฉพาะที่ทำให้กษัตริย์สยามมีอำนาจเป็นผู้บัญญัติกฎหมายรายสำคัญ

เสนอว่าพระธรรมศาสตร์มิได้มีบทบาทมากในสังคมสยามขนาดที่มักเข้าใจกัน แม้เราพบการเอ่ยถึงพระธรรมศาสตร์ในที่ต่างๆ มากมายแต่กลับไม่พบคัมภีร์หรือเอกสารพระธรรมศาสตร์ฉบับต่างๆ นอกเหนือไปจากที่อยู่ในกฎหมายตราสามดวง[63] ตรงนี้ผู้เขียนขอเสริมว่า คงเป็นทำนองเดียวกับพระไตรปิฎกและคัมภีร์สำคัญอีกหลายฉบับในตู้บูชา แต่มีบทบาทมีการใช้จริงจำกัด คำสอนที่ทรงอิทธิพลกว่าคืออรรถกถาชาดก

เหตุผลว่าทำไมจึงเชื่อกันว่ากษัตริย์ไทยไม่บัญญัติกฎหมายที่น่าสนใจมากอีกประการหนึ่งคือ ข้อความของแลงกาต์ที่ยกมาข้างต้นสอดคล้องกับความคิดอันทรงอิทธิพลของพระองค์เจ้าธานีฯ ที่เสนอในระยะเดียวกัน ซึ่งกลายเป็นพิมพ์เขียวของอุดมการณ์กษัตริย์นิยมใหม่ที่ต้องการฟื้นฟูและสร้างการเมืองระบอบกษัตริย์นิยมใน 50–60 ปีที่ผ่านมา[64] ในช่วงสิ้นอำนาจของคณะราษฎรและเริ่มฟื้นบทบาทเจ้านั้นท่านจึงพยายามชี้ว่ากษัตริย์ไทยเป็นธรรมราชา ไม่ใช่เทวราช ไม่มีอำนาจสมบูรณ์ (อย่างที่มีบางคนกล่าวหา) ไม่ใช่สมบูรณาญาสิทธิราชย์แบบตะวันตกซึ่งองค์อธิปัตย์ (The

[63] Baker and Pasuk forthcoming: 7–10

[64] ดู Thongchai 2016: 11–13

Sovereign) เป็นแหล่งที่มาของกฎหมายทั้งหมด[65] ข้อความของแลงกาต์บวกกับของพระองค์เจ้าธานีฯ ก่อให้เกิดความรู้ทรงอำนาจ (authority) ว่ากษัตริย์ไทยไม่มีอำนาจบัญญัติกฎหมาย

เบเกอร์และผาสุกสรุปสั้นๆ ตรงๆ ว่า "กฎหมายของพระราชาเป็นสถาบันสำคัญของรัฐสยามในยุคต้นสมัยใหม่"[66] ประเด็นเรื่องกษัตริย์สยามก่อนสมัยใหม่เป็นองค์อธิปัตย์ผู้สร้างกฎหมายหรือไม่ เป็นกุญแจอันหนึ่งที่จะช่วยให้เราเข้าใจการเปลี่ยนสู่ระบบสมัยกฎหมายใหม่

---

[65] ปัญญาชนกษัตริย์นิยมพยายามแก้ต่างว่าพระมหากษัตริย์ในยุคสมบูรณาญาสิทธิราชย์มิได้มีอำนาจสมบูรณ์แบบ Absolutist ของตะวันตก เพียรพยายามพิสูจน์ว่า มีจุดไหนบ้างที่อำนาจไม่สมบูรณ์ เช่น ไม่บัญญัติกฎหมาย อำนาจไม่ทั่วถึงทั่วทั้งราชอาณาจักร อำนาจในกลุ่มผู้ปกครองไม่เป็นเอกภาพ หัวเมืองค่อนข้างเป็นอิสระ ฯลฯ อันที่จริงกษัตริย์ของตะวันตกที่เรียกว่า Absolute Monarchy ก็ไม่มีใครมีอำนาจ "สมบูรณ์" ในความหมายตามตัวอักษรสักราย เรากำลังพูดถึงระบอบการเมืองแบบหนึ่ง มีคุณสมบัติสำคัญอย่างหนึ่งก็คือ กษัตริย์อยู่เหนือกฎหมาย ไม่ว่าในความเป็นจริงจะมีอำนาจในทางปฏิบัติครอบคลุมทุกส่วนของแผ่นดินหรือไม่ ชนชั้นปกครองเป็นเอกภาพอยู่ในอำนาจของกษัตริย์จริงหรือไม่ และไม่ว่าจะใช้อำนาจนั้นหรือไม่ ดังนั้น การแก้ตัวแบบที่นักคิดกษัตริย์นิยมพยายามทำจึงเป็นการแก้ตัวด้วยวิธีวิทยาแบบศรีธนญชัย และด้วยการสร้างเป้าหลอก (strawman) อย่าง "Absolute แบบตะวันตก" ที่ถูกสร้างขึ้นเพื่อเป็นคู่ตรงข้ามของ "ธรรมราชา" แค่นั้นเอง ไม่ใช่ข้อเท็จจริงทางประวัติศาสตร์

[66] Baker and Pasuk forthcoming: 18

การปฏิรูปกฎหมายสมัยใหม่ของสยาม: คำอธิบายแบบฉบับ

ประวัติศาสตร์แบบฉบับหรือขนบ (conventional) ของการปฏิรูปกฎหมายสู่สมัยใหม่ เป็นเรื่องของการทำกฎหมายให้ทันสมัย (modernization) เนื้อเรื่องแบบฉบับมีดังนี้ (โดยมีรายละเอียดพิสดารแตกต่างกันไป) เริ่มจากการคุกคามของมหาอำนาจยุโรป ยัดเยียดสิทธิสภาพนอกอาณาเขต (extra-territoriality) ให้สยาม ไม่ยอมรับอำนาจศาลไทยที่มีต่อชาวยุโรปและคนในบังคับ ทำให้สยามต้องเร่งปรับปรุงระบบกฎหมายของตนให้อยู่ในมาตรฐานที่ชาติยุโรปยอมรับ ประกอบกับเวลานั้นระบบกฎหมายเดิมของสยามก็มีจุดอ่อนอยู่มาก ตัวบทกฎหมายล้าหลังหลายเรื่องแถมสับสนไม่เป็นระเบียบ ศาลก็แตกกระจายไม่รวมศูนย์ ไม่เป็นมาตรฐานเดียวกันทั้งราชอาณาจักร ด้วยสายตายาวไกลของชนชั้นนำสยามในยุคนั้น โดยเฉพาะพระเจ้าอยู่หัวรัชกาลที่ 5 รัฐบาลสยามจึงจ้างชาวต่างชาติผู้เชี่ยวชาญด้านการร่างกฎหมาย ทั้งฝรั่งเศส ญี่ปุ่น เบลเยียม และอเมริกัน เข้ามาเป็นคณะกรรมการเพื่อสร้างระบบประมวลกฎหมายขึ้น โดยทำงานร่วมกับเจ้านายผู้ปกครองไทย

หลายคน กระบวนการร่างกินเวลากว่าสิบปีจึงเสร็จเป็นประมวลกฎหมายฉบับแรก นั่นคือ กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 (พ.ศ. 2451/ค.ศ. 1908) และยังจัดทำประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บรรพต่างๆ เป็นลำดับ และกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาและแพ่งจนสำเร็จหมดในปี 2478 สยามสามารถยกเลิกสิทธิสภาพนอกอาณาเขตได้เอกราชทางการศาลคืนมาเมื่อปี 2481 นับเป็นความสำเร็จที่ยิ่งใหญ่ทั้งช่วยรักษาเอกราชของสยามและทั้งปรับปรุงระบบกฎหมายให้ตรงตามมาตรฐานสากล[67]

---

[67] เนื้อเรื่องแบบฉบับดังกล่าวน่าจะมาจากคำปรารภของกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 ซึ่งอธิบาย 2 สาเหตุใหญ่ของการทำกฎหมายใหม่ได้แก่ 1) ความสับสนไม่เป็นระเบียบของกฎหมายไทยที่ใช้อยู่ขณะนั้น และ 2) ปัญหาอันเกิดจากคนในบังคับต่างชาติไม่ต้องขึ้นศาลไทยเพราะสิทธิสภาพนอกอาณาเขต จากนั้นคำอธิบายจึงปรากฏต่อมาในงานประวัติศาสตร์กฎหมายรุ่นแรกๆ เช่น ของพระยานิติศาสตร์ไพศาล (2494) ซึ่งแม้ว่าเนื้อหาหลักจะเป็นสารานุกรมกฎหมายสมัยเก่าฉบับต่างๆ แต่ในส่วนที่กล่าวถึงการปฏิรูปกฎหมายอย่างสั้นๆ นั้น ก็ระบุถึงความสำคัญของการปฏิรูปเพื่อการรักษาเอกราช ประเด็นนี้ถูกขยายใหญ่โตเป็นหัวข้อสำคัญประมาณกลางทศวรรษ 1970 ซึ่งมีวิทยานิพนธ์สำคัญสองฉบับที่เป็นต้นแบบ (prototype) ของเนื้อเรื่องแบบฉบับได้แก่ พัชรินทร์ 2517 ในภาษาไทยและ Engel 1975 สำหรับภาษาอังกฤษ งานทั้งสองทำการค้นคว้าหลักฐานทางชั้นต้นอย่างละเอียดลออ แต่รับเอาเหตุผลและเค้าโครงคำอธิบายแบบทางการตามที่รัฐบาลสยามให้ไว้เอง (ในคำปรารภ) มาเป็นกรอบของตน งานเกี่ยวกับประวัติศาสตร์กฎหมายไทยหลังจากนั้นส่วนใหญ่เดินตามเนื้อเรื่องแบบฉบับแทบทั้งสิ้น อาทิ กนิษฐา 2532, แสวง 2545, กิตติศักดิ์ 2556, ชาญชัย 2540 และอื่นๆ จนถึงปัจจุบันงานที่ศึกษาและเรียบเรียงอย่างเป็นระบบที่สุดตามแบบฉบับนี้และเป็นที่รู้จักแพร่หลายที่สุดน่าจะได้แก่หนังสือของแสวง บุญเฉลิมวิภาส สำหรับภาษาอังกฤษนั้นนอกจาก Engel 1975

ประวัติศาสตร์กฎหมายแบบฉบับจะเน้นสาเหตุสองด้าน ได้แก่ ปัญหาสิทธิสภาพนอกอาณาเขตและความล้าหลังของกฎหมายไทย สำหรับด้านแรก สิ่งที่ประวัติศาสตร์แบบนี้ต้องแสดงให้เห็นคือ การเสียเอกราช ปัญหาใหญ่ไม่ใช่ชาวยุโรปในสยามขณะนั้น แต่เป็นชาวไทยชาวจีนในสยามที่สมัครใจเป็นคนในบังคับของชาติยุโรปเพื่อหลีกเลี่ยงศาลไทย ซึ่งจัดเป็นปัญหาใหญ่ของช่วงนั้น[68] สำหรับความล้าหลังของกฎหมายไทยนั้น โดยสรุปมีดังต่อไปนี้ 1) ในกฎหมายเก่าก่อนการปฏิรูปนั้นราษฎรไม่เสมอภาคกันตามกฎหมาย ยังมีระบบทาสอยู่ (จนถึงปี 2448) 2) ทรัพย์สินเอกชนไม่ได้รับการยอมรับคุ้มครองอย่างเต็มที่รอบด้าน 3) “จารีตนครบาล” หมายถึงการลงโทษผู้กระทำผิดและการสอบสวนผู้ต้องสงสัยด้วยวิธีการทารุณ รวมทั้งข่มขู่และบีบบังคับเพื่อรีดคำสารภาพและการแห่ประจานสาธารณะซึ่งถือว่าเป็นวิธีการที่ป่าเถื่อนแล้วในขณะนั้น 4) การพิจารณาคดีไม่เป็นระบบระเบียบที่ตรวจสอบได้ มีหลายกรณีผู้ต้องสงสัยหรือผู้กระทำผิดถูกจับขังคุกแล้วลืมไปเลย เป็นต้น 5) ตัวบทกฎหมาย การตีความ และกำหนดโทษของความผิดเดียวกันตามที่ใช้ในศาลต่างๆ ไม่เป็นมาตรฐานเดียวกัน (ขณะ

มิได้มีงานที่ตั้งคำถามใหม่ๆ หรือวิพากษ์เนื้อเรื่องแบบฉบับดังกล่าวจนกระทั่ง Loos 2006

[68] ปิยฉัตร 2526 ศึกษาเกี่ยวกับปัญหานี้โดยเฉพาะ

นั้นมีศาลกระจายอยู่ตามศูนย์อำนาจและหัวเมืองต่างๆ ทั่วราช-อาณาจักร ในนครหลวงเองก็มีศาลของกรมต่างๆ กว่า 20 ศาล) การลงโทษก็ไม่มีมาตรฐานให้เหมาะสมกับความผิด อีกทั้งไม่มีบทยกเว้นหรือบรรเทาโทษต่อผู้เยาว์และผู้วิกลจริต 6) ที่สำคัญอย่างยิ่งคือตามระบบกฎหมายไทยนั้นถือว่าผู้ต้องหามีความผิดจนกว่าจะพิสูจน์ได้ว่าตนบริสุทธิ์ และ 7) กฎหมายเก่าของไทยไม่มีการตรวจสอบลงโทษการใช้อำนาจทางปกครองของรัฐในทางที่ผิด เจ้าหน้าที่ของรัฐจึงใช้อำนาจอย่างฉ้อฉลและทุจริตอยู่เสมอ[69] ด้วยเหตุนี้ ปรีดี เกษมทรัพย์ จึงเห็นว่า "การรับกฎหมายของตะวันตกโดยประเทศตะวันออกต่างๆ ในปลายศตวรรษที่ 19 และต้นศตวรรษ [ที่ 20] ไม่ใช่การกระทำด้วยความจำเป็นเพราะถูกบังคับเพียงอย่างเดียว แท้จริงแล้วการรับกฎหมายตะวันตกเข้ามานั้นเป็นการกระทำด้วยความสมัครใจ เพราะเป็นที่เห็นได้ชัดเจนว่ากฎหมายสมัยใหม่นั้นมีลักษณะพิเศษที่ดีกว่ากฎหมายก่อนสมัยใหม่อย่างมากในหลายประการ ทั้งนี้ในแง่ของรูปแบบและเนื้อหา"[70]

---

[69] ข้อสรุปในที่นี้ส่วนใหญ่มาจากแสวง 2545: 138–149 เพิ่มเติมด้วยอุดม 2548: 150–153 และชาคริต 2557 นอกจากนี้แต่โบราณราษฎรไม่ได้รับรู้ว่ามีกฎหมายอยู่อย่างไรบ้างเพราะถือว่าไม่ใช่สิ่งที่สาธารณชนจำเป็นต้องรู้ การจัดพิมพ์หนังสือกฎหมายจึงเป็นความผิด (กรณีหมอบรัดเลย์กับทนายโหมด อมาตยกุล) ธรรมเนียมนี้เพิ่งเปลี่ยนในสมัยรัชกาลที่ 4

[70] ปรีดี 2560: 194 ความล้าหลังของกฎหมายเก่าของไทยดังกล่าวข้างต้นทุกข้อ มีนัย

ความคิดเกี่ยวกับกฎหมายในสยามเริ่มเปลี่ยนไปก่อนหน้าจะมีการปฏิรูปประมาณครึ่งศตวรรษแล้ว ตัวอย่างที่มักกล่าวถึงกันคือการที่พระเจ้าอยู่หัวรัชกาลที่ 4 เห็นว่า กฎหมายเดิมที่ให้สิทธิผัวหรือพ่อแม่นำลูกเมียไปขายได้นั้น “หาเป็นยุติธรรมไม่” จากนั้นทรงวิจารณ์ให้ความเห็นว่าการที่กฎหมายต้องอิงกับพระธรรมศาสตร์นั้นน่าจะยกเลิกได้แล้วเพราะไม่สอดคล้องกับยุคสมัย เรื่องราวเกี่ยวกับพระมโนสาราจารย์ที่เหาะไปลอกพระธรรมศาสตร์จากกำแพงจักรวาลก็เชื่อไม่ได้[71] ครึ่งศตวรรษถัดมา ความเข้าใจของสยามของชนชั้นนำสยามต่อกฎหมายวิธีการทางการศาลและการลงโทษก็เปลี่ยนไปอย่างมาก แสวงเห็นว่าเรื่องใหญ่คือวิธีพิจารณาความอาญา ซึ่งชนชั้นนำสยามตระหนักว่าต้องเปลี่ยนแปลงโดยรวดเร็ว เช่น คดีอาญาที่ลูกขุน

ถึงด้านตรงข้ามคือหลักการของกฎหมายสมัยใหม่แบบบรรทัดฐานในขณะนั้น ได้แก่ หลักการคุ้มครองทรัพย์สินเอกชน และถือว่าปัจเจกบุคคลเป็นหน่วยพื้นฐานของกฎหมาย หลักการความเสมอภาคเบื้องหน้ากฎหมาย ซึ่งตรงข้ามกับการแบ่งเป็นชั้นให้อภิสิทธิ์กับคนตามชั้นของเขาในสังคมสยาม และหลักการเรื่องให้ถือว่าผู้ต้องหาเป็นผู้บริสุทธิ์จนกว่าจะมีการพิสูจน์ว่าได้กระทำความผิด ตัวบทกฎหมายมีมาตรฐานเดียวกันทั่วราชอาณาจักร และประชาชนสามารถรับรู้เข้าถึงได้ การลงโทษมีมาตรฐาน เหมาะสมกับความผิด และมีข้อบรรเทาโทษแก่ผู้เยาว์และผู้วิกลจริต เป็นต้น

[71] เรอเน่ กียอง 2550: 28–30; Lingat 1950: 30; หลายคนเห็นว่านี่เป็นแนวคิดตะวันตกแบบสำนักกฎหมายบ้านเมือง Legal Positivism ที่ถือว่าองค์อธิปัตย์ทรงอำนาจเด็ดขาดในการบัญญัติกฎหมาย เช่น กิตติศักดิ์ 255: 62 และ จรัญ 2528: 50–51 ผู้เขียนจะกล่าวถึงประเด็นนี้ต่อไป

ตระลาการกลายเป็นโจทย์เอง แล้วพยายามชำระความเอาผิดจำเลยนั้น ผิดหลักกฎหมายอย่างแรง[72] ความป่าเถื่อนของการลงโทษและการรีดคำสารภาพแบบจารีตนครบาล เป็นที่เลื่องลือทั้งในสมัยนั้นและจดจำมาจนถึงสมัยต่อๆ มา และจะใช้อีกต่อไปไม่ได้แล้ว รัฐบาลสยามในขณะนั้นก็ตระหนักถึงข้อนี้ดี จึงเปลี่ยนแปลงเรื่องวิธีพิจารณาความอาญาและการลงโทษก่อนการทำประมวลกฎหมายสำเร็จเสียอีก ได้แก่ กฎหมายลักษณะพยาน ร.ศ. 113 (2437) และในปี ร.ศ. 115 (2439) ก็ออกพระราชบัญญัติให้ยกเลิกจารีตนครบาลและยกเลิกจารีตเดิมทางอาญาที่ถือว่าผู้ต้องสงสัยมีความผิดไว้ก่อน เพื่อมิให้เจ้าหน้าที่รัฐอ้างเพื่อรีดคำสารภาพอีกต่อไป[73]

รัฐบาลสยามตัดสินใจจะปฏิรูประบบกฎหมายใหม่ตามระบบประมวลกฎหมายเพราะ

---

[72] แสวง 2545: 140–149 และ เอกสารกองจดหมายเหตุ ร.5 ย. 23/4 เรื่องร่างโค้ดกฎหมายอาญา (ร.ศ. 124–129) หนังสือหมายเลข 2 Report on the Proposed Penal Procedure for the Kingdom of Siam, Jul 1910

[73] ดูเอกสารกองจดหมายเหตุ ร.5 ม. 1.3/2 พระราชบัญญัติยกเลิกวิธีพิจารณาความผู้ร้ายตามจารีตนครบาล ร.ศ. 115 (2439); แสวง 2545: 208 และ 245–258 การเปลี่ยนแปลงตาม พ.ร.บ.นี้ต่อมาบรรจุไว้ในกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 ด้วย

> "...(พระเจ้าอยู่หัวรัชกาลที่ 5) พระราชทานพระราชวินิจฉัยไว้เป็นเด็ดขาดว่า พระราชกำหนดกฎหมายแห่งประเทศเรา...มีบทมาตราเป็นลักษณะหมวดหมู่เป็นทำนองเดียวกับวิธีกฎหมายประมวลธรรม (system of codified law) ซึ่งใช้อยู่ในคอนติเนนต์นั้น ถ้าจะคุมเข้ากันแลผ่อนผันแก้ไขก็จะลงกันโดยสะดวก"[74]

แต่จะ "เอาอย่างคนอื่นหมด" ไม่ได้ เพราะธรรมเนียมหลายอย่างในสยามแตกต่างจากตะวันตก ต้องพยายามประสานให้เข้ากัน[75] เรอเน่ กียอง ที่ปรึกษากฎหมายซึ่งร่วมร่างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เขียนในบันทึกของเขาเมื่อปี 1919 อธิบายกระบวนการ (ที่เป็นทางการ) ว่ากรรมการร่างกฎหมายหลีกเลี่ยงลอกแบบจากประมวลกฎหมายต่างประเทศเข้ามา แต่กลับจะต้องศึกษาสาระสำคัญที่มีอยู่ในตัวบทกฎหมายของสยามและประสบการณ์การทำงานและความรอบรู้ของผู้ที่ได้ดำเนินการมาก่อนในสยามเอง และต้องนำข้อมูลเกี่ยวกับความต้องการของท้องถิ่นต่างๆ เข้ามาในคณะกรรมการร่างกฎหมายด้วย[76] แต่ละหัวข้อดำเนินไปเป็นขั้นๆ คือ เริ่ม

[74] บันทึกของปาดูซ์ อ้างถึงใน แสวง 2545: 253

[75] เอกสารกองจดหมายเหตุ ร.5 ย. 23/3 "ทำโค้ดสำหรับเมืองไทย" ความเห็นของกรมฯดำรงฯ ในหน้า 8 และของปาดูซ์ ในหน้า 10–12

[76] เรอเน่ กียอง 2550: 141–142

จากศึกษาเกี่ยวกับประเด็นนั้นๆ ว่ามีตัวบทกฎหมายในสยามที่เกี่ยวข้องหรือไม่อย่างไร จากนั้นศึกษาตัวบทกฎหมายในต่างประเทศที่สำคัญ จากนั้นต้องตัดสินใจเลือกสิ่งที่เหมาะสมกับความต้องการของสยามเอง แล้วจึงจะให้คณะกรรมการท่านหนึ่งไปร่างออกมาโดยไม่ให้มีศัพท์แสงที่เป็นนามธรรมหรือเป็นทฤษฎี แต่ต้องทำให้เหมาะสมกับสภาพที่เป็นจริงและความต้องการของสยามเอง[77]

ร่างบทต่างๆ ในภาษาอังกฤษจะต้องส่งให้โดยเสนาบดีที่เกี่ยวข้องตรวจและเสนอความเห็น เมื่อได้ร่างภาษาอังกฤษทั้งฉบับแล้วก็ส่งให้คณะกรรมการของชาวไทยอีกชุดหนึ่งเป็นผู้แปล คณะกรรมการแปลเป็นปัญญาชนชนชั้นนำสยามในขณะนั้น เช่น กรมฯ ดำรงฯ กรมฯ พระนริศฯ กรมฯ เทววงศ์ฯ และพระยาศรีสุนทรโวหารซึ่งเป็นผู้เชี่ยวชาญภาษาไทย ชนชั้นนำสยามตระหนักถึงความสำคัญของการทำกฎหมายเป็นภาษา

---

[77] ดูขั้นตอนกระบวนการในรายละเอียดใน แสวง 2545 และ อิอิดะ 2530 ซึ่งให้ข้อมูลจากเอกสารญี่ปุ่น มีบางประเด็นที่น่าสนใจ เช่น เอกสารกระทรวงต่างประเทศของญี่ปุ่น วันที่ 26 ธ.ค. 1899 กล่าวถึงอุปสรรคในการร่างกฎหมายลักษณะอาญา ซึ่งในขณะนั้นร่างแรกกำลังจะเสร็จอยู่แล้ว แต่กลับต้องล่าช้าออกไป ราชทูตญี่ปุ่นประจำสยามได้พบกับนายโรลัง ยัคมินส์ ที่ปรึกษากฎหมายของรัฐบาลสยามซึ่งกล่าวว่า “พูดถึงกฎหมายลักษณะอาญาแล้ว ส่วนใหญ่ร่างเสร็จเรียบร้อยแล้ว เว้นแต่มาตราที่ว่าด้วยความผิดฐานหมิ่นประมาทต่อพระมหากษัตริย์เท่านั้น”, (อิอิดะ 2530: 139) ตรงนี้ผู้เขียนไม่ทราบว่าหมายถึงอะไร

ไทยมาก เพราะจะแปลตรงๆ จากภาษาอังกฤษไม่ได้ ต้องหาคำที่สอดคล้องกับภาษากฎหมายเดิมด้วย แต่ต้องใช้ภาษาชัดเจนไม่กำกวม ไม่สามารถตีความไปได้หลายอย่าง[78] อย่างไรก็ตามยังคงมีปัญหาความยุ่งยากอย่างแน่นอน กรมหลวงราชบุรีฯ กล่าวไว้ครั้งหนึ่งว่าโวหารสำนวนในกฎหมายไม่กระชับชัดเสียทีเดียวเพราะคำในภาษาฝรั่งกับคำของไทยนั้นไม่ตรงกันนัก เนื่องจากต่างฝ่ายต่างมีนิสัยพฤติกรรมต่างกัน การที่จะเลือกคำไทยที่ถูกต้องไม่ให้มากไปไม่ให้น้อยไปจึงเป็นเรื่องยากเย็นแสนเข็ญ[79]

ประวัติศาสตร์การปฏิรูปกฎหมายของสยามที่มีเนื้อเรื่องต่างไปจากแบบฉบับที่กล่าวมาอย่างสำคัญและน่าสนใจมีสองราย ได้แก่ อภิรัตน์ เพ็ชรศิริ ซึ่งเสนอว่าพื้นฐานค่านิยมวัฒนธรรมสังคมไทยกับตะวันตกต่างกันอย่างมากถึงตรงข้ามกันในหลายเรื่อง ดังนั้นทำอย่างไรก็ไม่น่าจะสามารถเปลี่ยนเป็นกฎหมายสมัยใหม่แบบตะวันตกได้ มรดกจากกฎหมายเดิม ค่านิยมวัฒนธรรมเดิม ยังคงมีความตึงเครียดกับกฎหมายสมัยใหม่ ที่สำคัญได้แก่ ความขัดแย้งระหว่างลัทธิปัจเจกชนนิยม

---

[78] เอกสารกองจดหมายเหตุ ร.5 ย. 23/3 “ทำโค้ดสำหรับเมืองไทย” หน้า 59-61 ความเห็นของกรมฯ ดำรงฯ

[79] อ้างถึงใน Wise 2019: 220

ของตะวันตกกับความใส่ใจต่อชุมชนหรือสังคมยิ่งกว่าปัจเจกชนแบบชาวตะวันออก เขาจึงเห็นว่าการปฏิรูปย่อมล้มเหลวเพราะทำให้ระบบกฎหมายของไทยเป็นแบบบรรทัดฐานก็ไม่ได้ ในทางกลับกันก็ไม่สอดคล้องรับใช้สังคมไทย ลงท้ายทำให้สยามกลายเป็นเพียงแค่เครื่องมือของโลกตะวันตกมาขูดรีดและปกครองสังคมนอกตะวันตกแค่นั้น[80]

อีกคนหนึ่งคือ คณพล จันทน์หอม ซึ่งตามรอยเนื้อเรื่องแบบแบบฉบับเป็นส่วนใหญ่ แต่นัยยะที่ต่างกันอย่างสำคัญก็คือ

---

[80] อภิรัตน์จึงเห็นว่ากระบวนการร่างดังกล่าวแสดงอย่างชัดเจนถึง ethnocentrism เพราะคณะกรรมการร่างที่เป็นชาวไทยมีบทบาทน้อยเหลือเกิน แถมยังร่างออกมาเป็นภาษาอังกฤษไม่ใช่ภาษาไทย เขาเห็นว่าคณะกรรมการร่างฯ จงใจมองข้ามเรื่องวัฒนธรรมค่านิยมของไทยนี้ (Apirat 1987: 85–86) เขาเสนอว่าต้องปรับปรุงกฎหมายให้สอดคล้องกับสังคมไทยคือ รับใช้ชุมชน ความคิดของอภิรัตน์ออกไปในทางคล้ายคลึงกับนักกิจกรรมเอ็นจีโอไทยในยุค 1980 จำนวนมากซึ่งต่อต้านแนวคิดการทำให้ทันสมัย (modernization) ทว่ากลับไปทางต่อต้านตะวันตก อย่างไรก็ตาม เขาชี้ให้เห็นความต่างของจารีตกฎหมายที่ต่างกันทีละประเด็นๆ ได้ชัดเจนจนถึงกับเกินเลยไป ทำให้ตะวันตกกับตะวันออกเป็นคู่ตรงข้ามแบบไม่มีจุดที่สอดคล้องกันเลย (binary opposition) อภิรัตน์ (172–177) ยกย่องงานของ Engel (1975) ว่าค้นคว้าหลักฐานได้อย่างดี แต่เห็นว่าการตีความผิดเป็นส่วนใหญ่ อภิรัตน์เสนอการตีความของตนบนหลักฐานที่ไม่ต่างจากชุดเดิมที่ Engel เสนอไว้ ตัวอย่างเช่น การที่คนในสังคมไทยไม่นิยมขึ้นโรงขึ้นศาลโดยมักจะหาทางรอมชอมยอมความกัน แม้แต่ผู้พิพากษาในคดีอาญาบางครั้งก็จะหาทางออกในเชิงประนีประนอมมากกว่าจะลงโทษจริงจังตามตัวบทกฎหมาย (Apirat 1987: 176–177) ภายหลังต่อมาในปี 2010 Engel ได้เขียนหนังสือถึงเรื่องค่านิยมประนีประนอมยอมความกัน คล้ายกับที่อภิรัตน์ได้เสนอไว้ แต่ว่า Engel มิได้โยงว่ากรณีนี้อาจเกี่ยวกับการปฏิรูปสมัยรัชกาลที่ 5 อย่างไรหรือไม่

เสนอว่ากฎหมายเดิมของสยามดีอยู่แล้วและค่อนข้างสอดคล้องกับกฎหมายสมัยใหม่ของยุโรปด้วย คณะกรรมการร่างฯ จึงมิได้นำเข้ากฎหมายตะวันตก แต่ให้ความใส่ใจต่อกฎหมายและการปฏิบัติที่มีอยู่เดิมในสยามในขณะนั้นมาก นำกฎหมายเก่าประมวลให้เข้ากับระบบกฎหมายสมัยใหม่ให้เป็นเนื้อเดียวกันเท่านั้น ดังนั้นการปฏิรูปกฎหมายและกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 จึงไม่ใช่เรื่องพลิกโฉมแต่อย่างใด การปฏิรูปกฎหมายจึงต้องนับว่าเป็นความสำเร็จ ไม่ใช่ความล้มเหลว (อย่างที่อภิรัตน์เสนอ) แต่เป็นความสำเร็จไม่ใช่ในระดับพลิกโฉมเปลี่ยนผันสู่ระบบสมัยใหม่ที่ดีกว่า (อย่างที่ประวัติศาสตร์แบบฉบับเสนอ) เพราะกฎหมายเดิมดีได้มาตรฐานทัดเทียมสากลอยู่แล้ว[81]

---

[81] Kanaphon 2010 บทที่ 2 กฎหมายเก่ารับใช้สังคมสยามดีอยู่แล้วอย่างไร บทที่ 7 กฎหมายเก่ากับกฎหมายของตะวันตกสอดคล้องกันอยู่แล้วอย่างไร โดยเน้นไปที่ประเด็นคือความรับผิดชอบทางอาญา (criminal responsibility) ผู้เขียน (ธงชัย) ขอเพิ่มเติมว่า ม.ร.ว.เสนีย์ ปราโมช ได้เสนอไว้นานก่อนหน้าแล้วว่ากฎหมายโบราณของไทยดีวิเศษมีอัจฉริยภาพ จุดที่เสนีย์เน้นได้แก่การที่พระมหากษัตริย์มีอำนาจจำกัด มิใช่เจ้าชีวิต ไม่มีอำนาจสมบูรณ์ (ทำนองเดียวกับที่พระองค์เจ้าธานีเสนอ) โดยยกกรณีกฎมณเฑียรบาลที่ห้ามยื่นดาบให้กษัตริย์ อย่างไรก็ตามเสนีย์ไม่เคยเสนอว่ากฎหมายเก่าทั้งระบบดีอยู่แล้วหรือสอดคล้องกับกฎหมายยุโรปแต่อย่างใด

ผลและมรดกของการปฏิรูปฯ

ประวัติศาสตร์กฎหมายไทยแบบฉบับถือว่าการปฏิรูปเป็นความสำเร็จอย่างยิ่งใหญ่ เพราะไม่ใช่เพียงปรับสิ่งที่มีอยู่แล้วให้เป็นระบบระเบียบขึ้นเท่านั้น แต่เป็นการเปลี่ยนผันนิติศาสตร์และระบบกฎหมายอย่างพื้นฐานจนทัดเทียมมาตรฐานสากล กล่าวคือ กฎหมายสมัยใหม่ไม่เกี่ยวข้องกับกฎของจักรวาล ไม่ต้องอิงความชอบธรรมจากพระธรรมศาสตร์ ไม่ใช่ราชศาสตร์ ถึงแม้จะผลิตโดยรัฐและพระมหากษัตริย์ก็ตาม แต่เป็นกฎหมายของรัฐอธิปไตยแบบสมัยใหม่[82] Engel กล่าวว่ากฎหมายที่สร้างขึ้นใหม่ในครั้งนั้นรับรองบทบาทของปัจเจกชน กรรมสิทธิ์ของเอกชน และบทบาทความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับปัจเจกชนก็เปลี่ยนไป[83]

แสวงระบุความเปลี่ยนแปลงอย่างเป็นรูปธรรมทีละข้อๆ ได้แก่ 1) การปลดปล่อยทาสและไพร่และการเปลี่ยนระบบกฎหมายเป็นการทำให้ราษฎรทุกคนเป็นปัจเจกบุคคลที่เสมอภาคกัน 2) เป็นจุดเริ่มต้นของการยอมรับทรัพย์สินและ

---

[82] Hooker 1978: 184

[83] Engel 1975: 120–121

กรรมสิทธิ์ของเอกชน 3) กระบวนการตุลาการและระบบกฎหมายที่ได้มาตรฐานสากลได้เริ่มต้นขึ้น 4) การปรับปรุงรัฐให้เป็นแบบทันสมัยเป็นส่วนสำคัญให้เริ่มมีกฎหมายที่เกี่ยวกับการปกครองอย่างชัดเจนเป็นระบบระเบียบ ในภาพรวมต้องถือว่าการปฏิรูปกฎหมายยุคใหม่เป็นพระปรีชาสามารถของกษัตริย์และชนชั้นนำไทยที่เปลี่ยนแปลงอย่างทันกาล ได้ทั้งรักษาเอกราชและปรับตัวให้เข้ากับกระแสโลก[84]

อย่างไรก็ตาม ประวัติศาสตร์แบบฉบับยังชี้ว่าในความสำเร็จใหญ่หลวงก็มีปัญหาอยู่พอควร รวมทั้งความขัดแย้งระหว่างกฎหมายใหม่ที่อาจจะไม่ลงรอยกับจารีตกฎหมายแบบเดิมหรือขัดฝืนค่านิยมในสังคมไทยอยู่ด้วย อาทิ Engel ตั้งข้อสังเกตว่าการปฏิรูปกฎหมายไม่มีการพูดถึงเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นเลยแม้แต่น้อย กษัตริย์ยังคงอำนาจที่จะควบคุมความคิดและการแสดงความคิดเห็น การวิพากษ์วิจารณ์รัฐบาลของกษัตริย์ยังคงเป็นสิ่งต้องห้ามอยู่ เพราะเห็นว่าจะเป็นการยั่วยุปลุกปั่นให้ผู้คนไม่เชื่อมั่นในพระมหากษัตริย์หรือ

[84] แม้แต่คณพลซึ่งไม่เห็นว่าเป็นการเปลี่ยนแปลงแบบพลิกผันเพราะระบบกฎหมายเก่าก็ดีอยู่แล้ว ก็ยังเห็นว่าเป็นการปรับปรุงกฎหมายและระบบกระบวนการยุติธรรมที่ดีขึ้นกว่าเดิมมาก ทำให้ไทยมีประมวลกฎหมายหลักๆ ที่ได้คุณภาพที่มีคุณภาพสูง จึงไม่จำเป็นต้องมีการปรับเปลี่ยนแก้ไขอย่างขนานใหญ่นับจากนั้นจนกระทั่งปัจจุบันนี้

เปลี่ยนแปลงระบอบการปกครอง[85] ด้านลบที่นักนิติศาสตร์ไทยหลายคนกล่าวถึงคือ ระบบกฎหมายใหม่ได้ละทิ้งลักษณะกฎหมายธรรมชาติแบบเดิมซึ่งใกล้ชิดสนิทกับธรรมะและความยุติธรรม อันต่างกับระบบกฎหมายใหม่ของสยาม ซึ่งถือว่ากฎหมายเป็นคำสั่งของรัฏฐาธิปไตยตามความคิดของสำนักกฎหมายบ้านเมือง (Legal Positivism) นี่เป็นความผิดพลาดของการปฏิรูป ทำให้กฎหมายกลายเป็นเพียงเครื่องมือของอำนาจรัฐในการปกครองกดขี่และจำกัดเสรีภาพของราษฎร[86]

ดูเผินๆ กฎหมายสมัยใหม่เป็นคนละเรื่องกับกฎหมายที่อยู่บนฐานของพระธรรมศาสตร์ และเป็นกฎหมายที่เปลี่ยนความสัมพันธ์ระหว่างผู้ปกครองกับผู้ถูกปกครองอย่างสิ้นเชิง ดังข้อสรุปของประวัติศาสตร์ตามแบบฉบับ แต่ความจริงเป็นเช่นนั้นหรือ ความคิดและค่านิยมสังคมไทยช่างไม่มีพลังจนสามารถลบล้างได้เพียงแค่บัญญัติกฎหมายเป็นตัวอักษรตามอย่างตะวันตกแค่นั้นหรือ[87] ในความเป็นจริง จารีตกฎหมายเดิมและขนบประเพณีเดิมในสังคมไทยเป็นปัจจัยด้านหนึ่งของการเปลี่ยนผันอย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้ เพราะการรับตัวแบบจากโลก

---

[85] Engel 1975: 110–113 Apirat 1987: 32 เห็นว่าราษฎรไม่ใช่เป้าหมายที่การปฏิรูปต้องการรับใช้

[86] ปรีดี 2560: 294–295, กิตติศักดิ์ 2556: 73–79

[87] Wise 2019: 204–205 แสดงความสงสัยในทำนองเดียวกัน

ตะวันตกต้องมีการปรับแปรไปตามที่รัฐและชนชั้นนำไทยเข้าใจและต้องการ ดังแสดงออกในผลลัพธ์ของการปฏิรูปหลายกรณี ดังจะขออภิปรายเป็นตัวอย่างเพียงบางประการ

ความ(ไม่)เสมอภาคเบื้องหน้ากฎหมาย

ประวัติศาสตร์ตามแบบฉบับถือว่า การเลิกไพร่ทาส การจัดตั้งกองทัพที่ราษฎร (ชาย) ล้วนเป็นทหารเหมือนกัน และกฎหมายสมัยใหม่เป็นการยืนยันว่าราษฎรทุกคนเสมอภาคกันเบื้องหน้ากฎหมาย มีสิทธิเท่าเทียมกันในสายตาของกฎหมาย ไม่ขึ้นกับชาติกำเนิดหรือสถานะทางสังคม[88] และส่งผลให้เกิดความเข้าใจเรื่องสิทธิของบุคคล[89] นี่เป็นความจริงหรือ?

ประการแรก ความไม่เสมอภาคทางกฎหมายยังมีอยู่ทั่วไปในระบบกฎหมายสมัยใหม่เองยังมีกฎหมายที่แย้งกับหลักความเสมอภาคหลายฉบับ เช่น กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 เองก็ยังมีมาตราที่ให้อภิสิทธิ์มิใช่เพียงประมุขและรัชทายาทแต่ให้แก่พระราชวงศ์ชนชั้นเจ้าทั้งหมด แถมมีการออกกฎหมายเพิ่มเติมเพื่อให้บรมวงศานุวงศ์ไม่ต้องรับผิดเหมือนกับประชาชน

---

[88] แสวง 2545: 178 กิตติศักดิ์ 2556: 46, 123; Kanaphon 2010: 245

[89] ธเนศ 2546

ชาวบ้านทั่วๆ ไป[90] ดังนั้น แม้จะประกาศใช้กฎหมายลักษณะอาญาแล้ว แต่ศาลยุติธรรมยังไม่มีอำนาจดำเนินคดีแก่พระบรมวงศานุวงศ์ได้ เว้นแต่จะได้รับอนุญาตจากกษัตริย์เสียก่อน หากศาลจะออกหมายยึดทรัพย์ข้าราชการ ก็ต้องนำความขึ้นขอพระบรมราชานุญาตก่อน หรือถ้าหากข้าราชการสัญญาบัตรต้องข้อหาในคดีอาญา ศาลต้องขอพระบรมราชานุญาตก่อนที่จะรับคดีไว้พิจารณาหรือสั่งกักขังตัวจำเลยนั้นเช่นกัน[91] กรณีอื้อฉาวที่รู้จักกันดีคือ กรณีพญาระกาซึ่งเป็นความขัดแย้งระหว่างเจ้านายชั้นสูงสองพระองค์ มักตีความไปต่างๆ กันว่ากรมหลวงราชบุรีฯ จึงยอมไม่ได้ถึงขนาดลาออกจากเสนาบดี แต่กิตติศักดิ์เห็นว่า หลักการที่ท่านยึดถือและยอมไม่ได้ก็คือหลักกฎหมายเป็นใหญ่และหลักความเสมอภาคทางกฎหมาย ไม่ว่าเจ้าหรือไพร่จะท้าทายต่อกฎหมายไม่ได้

---

[90] กิตติศักดิ์ 2556: 160,162 และ พุฒิพงศ์ 2556: 30–32 ดู กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 ภาค 2 ส่วนที่ 1 หมวดที่ 1 และพระธรรมนูญศาลยุติธรรม ร.ศ. 127 มาตรา 5 และแก้ไขเพิ่มเติมมาตรา 104 ของกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 ข้อ ง) ปี 2470

[91] สองอย่างหลังนี้พระเจ้าอยู่หัวรัชกาลที่ 6 สั่งให้ยกเลิกในปี 2455 และ 2465 ตามลำดับ ดู เอกสารกองจดหมายเหตุ ย.2/11 "ข้อปัญหากฎหมายที่ว่าด้วยอำนาจเจ้า" (26 พฤษภาคม 2454), เอกสารกองจดหมายเหตุ ย.2/14 "ประกาศเรื่องให้ศาลออกหมายยึดทรัพย์ข้าราชการได้อย่างชนสามัญ ไม่ต้องนำความขึ้นขอพระบรมราชานุญาตก่อน" (21–22 มีนาคม 2455), และ เอกสารกองจดหมายเหตุ ย. 2/38 "ประกาศเรื่องข้าราชการชั้นสัญญาบัตรต้องหาเป็นจำเลยในคดีอาญา" (23 มิถุนายน 2465)

> "สิ่งซึ่งกรมราชบุรีฯ มุ่งหมายถึงนั้น จึงไม่ได้จำกัดอยู่เพียงการเอาโทษกรมนราฯ ที่หมิ่นประมาทพระองค์ แต่มุ่งที่จะให้มีการปฏิรูประบอบเพื่อให้อำนาจปกครองสูงสุดตกอยู่กับกฎหมายบ้านเมือง มิใช่รวมศูนย์อยู่ในองค์พระมหากษัตริย์ หรือพระมหากษัตริย์ทรงเป็นกฎหมายเสียเอง ในเวลานั้นไม่ว่าเรื่องราวใดๆ ล้วนขึ้นอยู่กับพระราชอำนาจและพระราชวินิจฉัยทั้งสิ้น แล้วแต่จะทรงมอบหมายพระราชอำนาจนั้นแก่ผู้ใด ข้อเรียกร้องของกรมราชบุรีฯ ...ถึงที่สุดก็คือการคัดค้านอำนาจของพระมหากษัตริย์อันมีเหนือกฎหมายบ้านเมืองนั่นเอง ...เรียกร้องการปกครองโดยกฎหมาย ไม่ใช่โดยธรรมราชาที่อยู่เหนือกฎหมาย..." [92]

ประการที่สอง เหตุผลที่ใช้อธิบายความไม่เสมอภาคกันเป็นประจำก็คือ ปัญหาอยู่ที่การบังคับใช้ เป็นความบกพร่องของบางคนที่ยังไม่ดีพอ เป็นกรณียกเว้นที่ตามปกติไม่เป็นเช่นนั้น แต่ความไม่เสมอภาคในสังคมไทยเป็นเรื่องทั่วไป พบได้เป็นปกติ แถมยังหนักหน่วงขึ้นในปัจจุบันอย่างเห็นได้ชัด เพราะอภิสิทธิ์ทางกฎหมายของบางคนบางกลุ่มบางชนชั้นกลายเป็น

---

[92] กิตติศักดิ์ 2556: 189–190 คำอธิบายคดีนี้หน้า 182–196. ไม่ว่าการตีความของกิตติศักดิ์ในเรื่องความคิดของกรมฯ ราชบุรีฯ จะถูกหรือไม่ก็ตาม คดีนี้แสดงชัดเจนถึงอภิสิทธิ์ของเจ้าชั้นสูงที่ไม่ต้องรับผิดตามกฎหมายและแสดงว่ากษัตริย์มีอำนาจเหนือกฎหมาย

เรื่องไม่ต้องละอายอีกต่อไป อวดกันโจ่งแจ้งก็มี แก้ตัวน้ำขุ่นๆ แบบไม่ต้องเห็นหัวสาธารณชนก็บ่อย และถึงที่สุดคือออก กฎหมายให้อภิสิทธิ์แก่บางคนบางกลุ่ม ตามด้วยการเฉลิมฉลอง อภิสิทธิ์นั้น ตอกย้ำอย่างชัดๆ โจ่งแจ้งว่าความไม่เสมอภาค ทางกฎหมายนั้นเป็นไปตามกฎหมาย

การบัญญัติหลักการอุดมคติ (เช่น ความเสมอภาค หรือ สิทธิเสรีภาพ) ลงเป็นหลักของกฎหมายมีความสำคัญ และ ถือว่าเป็นความสำเร็จที่สำคัญ แต่ถ้าความเป็นจริงปรากฏ ตรงกันข้าม ทั้งไม่ใช่ข้อยกเว้นแต่เป็นเรื่องปกติและแย่ลงทุกวัน โดยไม่ได้มีแนวโน้มว่าจะลดลง จนความไม่เสมอภาคเป็น สถาบันทางสังคมแบบหนึ่ง ย่อมหมายความว่า 1) หลักการที่ บัญญัติไว้ดังกล่าวเป็นเพียงคำสวยหรูที่ไม่มีความหมายอะไร เอามาเป็นข้อสรุปทางวิชาการไม่ได้ 2) หลักการที่บัญญัติไว้ ดังกล่าวเป็นการเล่นเพียงการโฆษณาสร้างภาพพจน์ หรือไม่ ก็เป็นเพียงการหลอกตัวเอง ให้หลงตัวเองว่ายังงามสวยหรูอยู่ แทนที่จะแก้ไขให้เป็นไปตามหลักการ (ผู้เขียนจะอธิบายข้อนี้ อีกครั้งในตอนท้ายของบทความนี้)

ประการที่สาม ที่กล่าวว่าการเลิกทาส การจัดตั้งกองทัพ ที่เปลี่ยนไพร่เป็นทหารและกฎหมายสมัยใหม่ที่ยอมรับสถานะ

ปัจเจกบุคคล ย่อมเท่ากับทุกคนเสมอภาคกันแล้ว น่าจะเป็นตรรกะที่ง่ายเกินไป เพราะความสัมพันธ์ทางสังคมแบบไม่เสมอภาคมิได้มีเพียงแค่ระหว่าง เจ้า–ไพร่ทาส ในระบบศักดินาแบบเก่า แต่อาจเป็นความไม่เสมอภาคแบบอื่นได้มากมาย ระเบียบความสัมพันธ์ทางสังคมแบบไทยพุทธที่ถือว่าสถานะของคนแตกต่างกัน บางครั้งเป็นเรื่องฐานะ บางครั้งเป็นเรื่องชาติพันธุ์ บ่อยครั้งเป็นเรื่องวัยวุฒิคุณวุฒิ และอำนาจเป็นปัจจัยที่ทำให้คนต่างชั้นกันในทุกกรณีเพราะอำนาจเป็นผลลัพธ์ของบุญบารมีตามปรัชญาการเมืองของพุทธ (ดังที่ได้กล่าวไปแล้ว) ค่านิยมเช่นนี้ทำให้ตรรกะที่ว่าเลิกไพร่ทาส = เสมอภาคกันไม่น่าจะใช้ได้ เพราะการเลิกไพร่ทาสเป็นเพียงทำให้สถานะของบุคคลบางประเภท (ไพร่และทาส) ยุติลง แต่มิได้ทำให้เกิดความเสมอภาค

จารีตกฎหมายเก่าของสยามสะท้อนหลักความเชื่อว่าบุคคลไม่เท่ากัน ทั้งในพระไอยการตำแหน่งนาพลเรือน นาทหารหัวเมือง (พ.ศ. 1998) และในกฎมณเฑียรบาลอีกด้วย สังคมแบ่งเป็นชั้นๆ เป็นเจ้า ขุนนาง ไพร่และทาส อย่างชัดเจนการบังคับใช้กฎหมายในหลายด้านก็ปรับตามศักดินาของผู้กระทำความผิดและผู้เสียหาย[93] สถานะของบุคคลทางสังคม

[93] แลงกาต์ 2526: 139–140, 146

จึงถูกกำหนดด้วยความสัมพันธ์ระหว่างชั้นต่างๆ ของคนโดยมีจุดศูนย์กลางสูงสุดอยู่ที่พระมหากษัตริย์ ความรับผิดชอบของบุคคลก็มีมากน้อยต่างๆ กันไปอย่างที่เรียกว่า "หน้าที่" มิใช่ "สิทธิ" (rights) ที่บุคคลทุกคนพึงมีเท่ากันและไม่ต่างกัน บุคคลแต่ละคนมิใช่ individual ที่เสมอภาคและมีสิทธิเท่าเทียมกันอย่างแน่นอน[94]

ภายใต้สมบูรณาญาสิทธิราชย์ ความแตกต่างระหว่างเจ้าขุนนาง ข้าราชการ ราษฎร และสถานะของคน (ที่วัดกันด้วยอำนาจ) ยังดำรงอยู่เช่นเดิม ระบบกฎหมายที่สร้างขึ้นในสภาวะเช่นนั้น น่าจะสะท้อนความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลกับรัฐ และระหว่างบุคคลต่างชั้นกันในสังคม ไม่น่าจะเป็นระบบกฎหมายที่ถือว่าปัจเจกบุคคลมีสิทธิเท่าเทียมกันและเสมอภาคกันทางกฎหมาย เช่น อาจเป็นราษฎรที่ล้วนเป็น "พลเมือง" ที่เสมอภาคกันใต้ชนชั้นสูงและคนมีอำนาจ ราษฎรที่มิใช่ข้าราชการเป็น "พลเมือง" ที่เสมอภาคกันใต้ข้าราชการของพระเจ้าอยู่หัว เสริมด้วยความรวย คนกรุงหรือบ้านนอก ชาติพันธุ์ ฯลฯ

คำว่า "พลเมือง" ที่มักใช้ในความหมายเท่ากับ citizen ในรัฐประชาธิปไตยอย่างที่ใช้กันในระยะไม่กี่ปีที่ผ่านมา แท้ที่จริงเป็นคำเก่า (พบได้ในกฎหมายตราสามดวง) แปลตรงตัวว่า

---

[94] Hooker 1978: 30–32

พละกำลังของเมือง หมายถึงไพร่ฟ้าที่เป็นกำลังแรงงาน เป็นมือตีนและกล้ามเนื้อของบ้านเมือง "พลเมือง" จึงหมายถึงราษฎรในเชิง functional คือเป็นองคาพยพที่มีตำแหน่งสูงต่ำและหน้าที่ต่างๆ กันในองค์รวมที่เรียกว่าชาติ แต่ไม่รวมถึงชนชั้นปกครองอย่างเจ้าและขุนนาง เพราะชนชั้นสูงไม่ใช่พละกำลังของเมือง แต่เป็นศีรษะ สมอง หรือหัวใจของเมือง ดังนั้น "พลเมือง" จึงไม่ใช่ citizen มิได้สะท้อนความเป็นปัจเจกชน (individuality) แต่อย่างใด เช่น ไม่สนใจสิทธิของปัจเจกชน (individual rights) ความเป็นส่วนตัว (privacy) และ สิทธิทางการเมือง เป็นต้น

ความเชื่อที่ว่ากองทัพและการเกณฑ์ทหารแสดงถึงความเสมอภาคของราษฎร เป็นความเข้าใจผิดมายาวนานของนักประวัติศาสตร์[95] กองทัพอาจจะเป็นสถาบันที่สะท้อนระเบียบความสัมพันธ์ของคนในวัฒนธรรมศักดินาแบบใหม่ก็เป็นได้ นั่นคือราษฎรเสมอภาคกันที่จะเป็นทหารภายใต้อำนาจและบารมีของนายพล ซึ่งอาจกล่าวได้ว่าไม่ใช่แค่ผู้บังคับบัญชา แต่เป็นชนชั้นศักดินาแบบใหม่ในเครื่องแบบ ส่วนทหารเกณฑ์และชั้นผู้น้อยก็อาจไม่ใช่ผู้ใต้บังคับบัญชา แต่เป็นไพร่แบบใหม่

---

[95] เริ่มจากขจร สุขพานิช ฐานันดรไพร่ ซึ่งเสนอไว้นานมาแล้วตั้งแต่ปี 2505

นั่นเอง[96]

คงต้องศึกษากันต่อไปว่า ความเสมอภาคของราษฎรแต่อยู่ในกรอบของสังคมที่ความต่ำสูงของชั้นชนและของอำนาจยังแข็งแกร่งนั้น มีแบบอื่นที่เป็นไปได้อย่างไรบ้าง การสรุปง่ายๆ ว่า "เลิกไพร่ทาส = เสมอภาคกัน" เป็นตรรกะผิดพลาดที่ทำให้เรามองข้ามปัญหาสำคัญว่า "บุคคล" ตามกฎหมาย (legal person) หมายถึงอย่างไรในระบบกฎหมายและวัฒนธรรมไทยที่คนไม่เท่ากัน

---

[96] ผู้เขียนเห็นว่านี่เป็นเหตุผลสำคัญที่สุดที่ยกเลิกการเกณฑ์ทหารเป็นเรื่องยากเย็นอย่างยิ่ง เพราะไม่เกี่ยวกับการทหารเลย การมีทหารเกณฑ์เป็นคนรับใช้เป็นสิ่งยืนยันถึงอภิสิทธิ์ของบรรดานายพล ทำนองเดียวกับมูลนายต้องมีไพร่รับใช้ หากไม่มีทหารเกณฑ์ บรรดานายพลก็อดเป็นชนชั้นศักดินาใหม่ นี่ยังเป็นเหตุผลว่าทำไมจึงมีนายพลจำนวนมาก เพราะนายพลเป็นบรรดาศักดิ์ของศักดินาใหม่ มีกี่คนก็ได้ ไม่เกี่ยวอะไรเลยกับความต้องการของกองทัพสมัยใหม่ ความต่างกับศักดินายุคโบราณอยู่ตรงที่ว่าเจ้านายสมัยเก่าต้องเลี้ยงดูทาสด้วยทรัพย์สินของตนและไพร่ต้องเลี้ยงดูตัวเอง แต่ไพร่ทาสของศักดินาใหม่เลี้ยงดูโดยภาษีของประชาชน การมีทหารเกณฑ์และจำนวนนายพลจึงเป็นเรื่องของอภิสิทธิ์ล้วนๆ ไม่มีส่วนเกี่ยวข้องกับการทหารแต่อย่างใด แถมยังอาจเป็นสิ่งขัดขวางการปรับปรุงกองทัพให้ทันสมัยอีกด้วย จึงน่าถามว่ามีนายพลแบบศักดินาไว้ทำไม ในเมื่ออภิสิทธิ์ชนพวกนี้ปฏิบัติต่อประชาชนราวกับเราทุกคนเป็นไพร่ของเขาที่ต้องส่งส่วยเป็นแรงงาน (ทหารเกณฑ์) หรือไม่ก็เป็นเงิน (ภาษี)

“บุคคล” ตามกฎหมาย

ระบบกฎหมายสมัยใหม่เปลี่ยนความสัมพันธ์ทางสังคมเช่นนี้ ถึงขนาดทำให้เกิด “บุคคล” ที่เท่ากันมีสิทธิเหมือนกันเป็นปัจเจกบุคคล (individual) ตามนิติศาสตร์แบบบรรทัดฐานเช่นนั้น หรือว่า “บุคคล” ตามกฎหมายถูกกำกับด้วยจารีตประเพณีที่ทรงอิทธิพลกว่า

“คำว่าบุคคลซึ่งหมายถึงผู้ทรงสิทธิตามกฎหมายจะมีที่ใช้กันมาอย่างไรไม่ปรากฏหลักฐานแน่ชัด ในตำรากฎหมายนั้นปรากฏมีการกล่าวถึงบุคคลในแง่นี้ในหัวข้อเลคเชอร์กฎหมายของกรมหลวงราชบุรีฯ ร.ศ. 128 (พ.ศ. 2442) บุคคลนั้นหมายถึงคนตามธรรมดา...โดยนัยนี้ สันนิษฐานได้ว่าความคิดที่ว่าไม่ว่าผู้ดีหรือไพร่ต่างมีฐานะเป็นบุคคล สามารถมีสิทธิในฐานะที่เป็นพลเมืองที่ได้รับหลักประกันว่าจะได้รับความเป็นธรรมตามที่กฎหมายกำหนดคงจะเป็นที่ยอมรับกันอยู่แล้ว แต่ยังไม่ได้มีกฎหมายรับรองโดยแจ้งชัดให้มีสถานะเท่าเทียมเสมอภาคกันอย่างแท้จริง จะมีก็แต่กฎหมายห้ามการกดขี่คนด้วยกัน ... แม้สถานะของบุคคลจะได้รับการปรับปรุงให้พ้นจากการเป็นไพร่และทาสโดยกำเนิด เหลือแต่ฐานะเป็นพลเมือง แต่การเกิดมาในตระกูลต่างชั้นกัน ก็ยังคงถือว่ามีชาติวุฒิต่างกัน และเป็น

เหตุให้มีสิทธิหน้าที่ต่างกันด้วย”[97]

“บุคคล” ในความสัมพันธ์ทางสังคมแบบที่ “พลเมือง” ทั้งหลายล้วนเสมอภาคข้างใต้ชนชั้นสูงและชนชั้นผู้มีอำนาจแบบนี้พัฒนาเติบโตต่อมา จึงทำให้หลักการความไม่เสมอภาคทางกฎหมายไม่ได้ดีขึ้น ไม่ใช่ข้อยกเว้นและไม่ใช่เพราะคนดีไม่พอ แต่เป็นความสัมพันธ์ทางสังคมและกฎหมายแบบไม่เสมอภาคที่กลายเป็นสถาบันทางสังคม จึงไม่ต้องละอายกันอีกต่อไป

กฎหมายสมัยใหม่ของไทยเป็นกฎกติกา แบบโลกวิสัย (secular law) หรือ?

ดูเผินๆ กฎหมายสมัยใหม่ของไทยไม่ผูกพันกับศาสนาอย่างแน่นแฟ้น แต่ว่าในความเป็นสถาบันทางสังคม กฎหมายกับศาสนาพุทธใกล้ชิดกันอย่างยิ่ง[98] การที่พุทธศาสนาไม่มีสิ่งที่เรียกว่ากฎหมายพุทธ ต่างกับกฎหมายอิสลาม เพียงแค่นี้มิได้เท่ากับว่ากฎหมายของไทยไม่ผูกพันกับศาสนา

---

[97] กิตติศักดิ์ 2556: 142–143

[98] Apirat 1987 คงเป็นคนแรกๆ ที่แสดงความชื่นชมกับการที่กฎหมายไม่แยกขาดจากศาสนาพุทธซึ่งเป็นส่วนหนึ่งของจิตวิญญาณของไทยมาแต่โบร่ำโบราณ ในทางกลับกัน Mérieau 2018 แสดงให้เห็นชัดเจนถึงความใกล้ชิดระหว่างกฎหมายของไทยกับศาสนาพุทธในรัฐธรรมนูญฉบับหลังๆ ซึ่งเขาถือว่าน่ากังวลมาก

พุทธ การที่รัฐธรรมนูญของไทยมิได้กำหนดให้ศาสนาพุทธเป็นศาสนาประจำชาติ มิได้เท่ากับว่ารัฐธรรมนูญและกฎหมายไม่ผูกพันใกล้ชิดกับศาสนาพุทธ จารีตกฎหมายของไทยแต่โบราณเกี่ยวพันกับพระธรรมศาสตร์แบบพุทธ กฎหมายกับธรรมแยกกันไม่ออก ความขัดแย้งที่นำไปสู่การก่อตั้งธรรมยุติกนิกาย (หรือบางคนเรียกว่า Reform ในสมัยรัชกาลที่ 4) มิได้แยกศาสนาออกจากรัฐ แต่ก่อให้เกิดความสัมพันธ์ชนิดใหม่คือเป็นรัฐพุทธศาสนูปถัมภกในแบบใหม่ นอกจากนี้ผู้เขียนจะอภิปรายต่อไปข้างหน้าที่แสดงให้เห็นความเกี่ยวพันใกล้ชิดระหว่างนิติศาสตร์สมัยใหม่ของไทยกับศาสนาพุทธ ได้แก่ 1) การโต้แย้งกันในนิติศาสตร์ของไทยระหว่างฝ่ายที่ถือว่ากฎหมายคือคำสั่งของรัฏฐาธิปัตย์ กับฝ่ายที่ถือว่ากฎหมายต้องถูกกำกับโดยจารีตประเพณี หมายถึงธรรมของศาสนาพุทธ แม้ไม่ได้เป็นตัวอักษรก็ตาม 2) ความเติบโตของวัฒนธรรมคลั่งไคล้กษัตริย์ (Hyper-royalism) ในวงการนิติศาสตร์ซึ่งถือว่าพระมหากษัตริย์ผู้มีอำนาจจำกัดและทรงธรรมตามทศพิธราชธรรมคือรัฐธรรมนูญถาวรที่แท้จริงของสังคมไทย กระแสนี้พยายามสร้างความหมายของ The Rule of Law ว่า “หลักนิติธรรม” ที่ยึดโยงกับสถาบันกษัตริย์แบบพุทธ

มีอีกหลายประเด็นที่ตั้งข้อสงสัยได้ว่าเป็นผลดีของการปฏิรูปกฎหมายสมัยใหม่ โดยเฉพาะอย่างยิ่งประเด็นทั้งหลายที่เกี่ยวกับระบบศาลและตุลาการ ที่สำคัญได้แก่ ความเป็นอิสระของศาล ความใกล้ชิดของศาลกับสถาบันกษัตริย์ และอื่นๆ อีกมาก ผู้เขียนขอไม่อภิปรายในที่นี้เนื่องจากไม่ได้ศึกษาการเปลี่ยนแปลงระบบตุลาการ ซึ่งเป็นประเด็นใหญ่ต่างหากออกไป

สำนักกฎหมายบ้านเมือง?

แต่มีอีกประเด็นหนึ่งซึ่งนักนิติศาสตร์หลายท่านให้ความสำคัญมาก ก็คือความเห็นที่ว่าผลอย่างหนึ่งของการปฏิรูปกฎหมายสมัยใหม่คือ อิทธิพลของสำนักกฎหมายบ้านเมือง (Legal Positivism) เข้าครอบงำวงการกฎหมายของไทย และเป็นฐานของการใช้อำนาจตามอำเภอใจของระบอบเผด็จการอำนาจนิยมทั้งหลายตลอดหลายทศวรรษต่อมา

ปรีดี เกษมทรัพย์ นักนิติศาสตร์สำคัญคนหนึ่งของประเทศไทย มีบทบาทอย่างมากในการวิพากษ์วิจารณ์ต่อสู้กับสำนักกฎหมายบ้านเมืองและส่งเสริมสำนักกฎหมายธรรมชาติ (Natural Law) หรือที่เขาเรียกว่า “ธรรมนิยม” เขามีอิทธิพลอย่างมากต่อนักนิติศาสตร์สำนักธรรมศาสตร์รุ่นต่อๆ มา แก่น

ความคิดของสำนักกฎหมายบ้านเมืองก็คือ ราษฎรผูกพันและต้องเคารพกฎหมายทั้งปวงที่รัฐประกาศใช้ออกมา โดยไม่ต้องคำนึงว่ากฎหมายนั้นดีหรือเลว พลเมืองชอบหรือไม่ชอบ ยุติธรรมหรือไม่[99] ปรีดีเล่าความเป็นมาของสำนักคิดนี้ว่า ในฝรั่งเศสเริ่มจากต้องการทำให้กฎหมายเป็นการแสดงออกของเจตจำนงทั่วไปของประชาชน แต่ต่อมาความคิดนี้เพี้ยนไปกลายเป็นเจตจำนงของรัฐ ในเยอรมนีจากความคิดว่ากฎหมายคือวิญญาณของประชาชาติ ก็ถูกอธิบายเพี้ยนไปจนกลายเป็นว่ารัฐเป็นตัวแทนวิญญาณของประชาชาติ ความพยายามเริ่มแรกที่ไม่ต้องการให้นิติศาสตร์แกว่งไปมา พยายามหาความแน่นอนชัดเจนตามอุดมคติที่ดีกลับเสื่อมลง กลายเป็นว่ารัฐถือว่ากฎหมายเป็นสิ่งสมบูรณ์ในตัวเอง ตัดขาดจากเหตุผลและความยุติธรรม นี่เป็นปรากฏการณ์ที่คล้ายกันทั้งในอังกฤษ ฝรั่งเศส และเยอรมนีในศตวรรษที่ 19 ซึ่งเป็นช่วงเวลาเดียวกับที่คนไทยรุ่นแรกๆ ไปศึกษานิติศาสตร์ที่ยุโรปและช่วงเวลาเดียวกับการปฏิรูปกฎหมาย[100]

---

[99] ปรีดี 2560: 322

[100] ปรีดี 2560 แทบตลอดทั้งเล่ม โดยเฉพาะหน้า 261, 324-332 ซึ่งเป็นการวิจารณ์สำนักกฎหมายบ้านเมืองอย่างหนัก

สำหรับสยาม อิทธิพลความคิดสำนักนี้มาถึงประเทศไทยโดยกรมหลวงราชบุรีฯ ดังเช่นในคำสอนที่ว่า

> "กดหมายนั้นคือคำสั่งทั้งหลายของผู้ปกครองว่าการแผ่นดินต่อราษฎรทั้งหลาย เมื่อไม่ทำตามแล้วธรรมดาต้องโทษ... ถึงแม้จะไม่ได้กำหนดโทษลงไว้ก็ดี มีกดหมายในลักษณะอาญาหลวงอยู่บทหนึ่ง ซึ่งจะลงโทษผู้ที่ไม่กระทำตาม... เพราะเหตุฉะนี้พระบรมราชโองการหรือคำสั่งฉบับใดต่อราษฎรทั่วไป กำหนดโทษได้ทุกฉบับ ...เราจะต้องระวังอย่าคิดเอากดหมายไปปนกับความดีความชั่วฤๅความยุติธรรม กดหมายเป็นคำสั่ง เปนแบบที่เราจะต้องประพฤติตาม แต่กดหมายนั้นบางทีก็จะชั่วหรือไม่เปนยุติธรรมก็ได้ ความคิดว่าอะไรดีอะไรชั่วอะไรเปนยุติธรรมอะไรไม่ยุติธรรม มีบ่อเกิดขึ้นหลายแห่งเช่นตามศาสนาต่างๆ แต่กดหมายนั้นเกิดขึ้นได้แห่งเดียวคือจากผู้ปกครองแผ่นดิน...เท่านั้น"[101]

สมยศ เชื้อไทย กล่าวว่า "แม้พระองค์ท่านจะไม่ได้เน้นว่ารัฏฐาธิปัตย์จะทำอะไรก็ได้ตามอำเภอใจ และไม่ได้เน้นว่า

---

[101] ราชบุรีดิเรกฤทธิ์ 2507: 98 ข้อความนี้ถูกอ้างถึงเสมอในบทวิจารณ์สำนักกฎหมายบ้านเมืองของไทย ดู ธานินทร์ 2552: 20 เชิงอรรถที่ 21; สมยศ 2548: 131, แสวง 2545: 43 ฯลฯ

กฎหมายต่างจากศีลธรรมและความอยุติธรรม แต่คำสอนนี้ทำให้กฎหมายโน้มเอียงไปอิงอยู่กับผู้มีอำนาจและในที่สุดกฎหมายจะกลายเป็นเจตจำนง (will) ของผู้มีอำนาจ หรือนัยหนึ่งอำนาจก็คือกฎหมายนั่นเอง"[102]

แนวคิดนี้สืบต่อมาในวงการนิติศาสตร์โดยนักกฎหมายรุ่นบุกเบิกของไทย เช่น พระยานิติศาสตร์ไพศาลผู้มีอิทธิพลสูงและต่อเนื่องยาวนานในการศึกษากฎหมายของไทย ในระบบการเมืองโดยทั้งรัฐบาลหลัง 2475 และรัฐบาลทหารที่มาจากการรัฐประหารยึดอำนาจ และในทางตุลาการก็ใช้ความคิดนี้เพื่อรับรองการปฏิวัติรัฐประหารโดยอธิบายว่าเมื่อคณะรัฐประหารทำสำเร็จได้อำนาจแล้ว ก็ย่อมเป็นที่มาแห่งกฎหมาย ไม่ว่าจะได้อำนาจมาโดยชอบธรรมหรือไม่ก็ตาม[103] ปรีดีเห็นว่าทั้งหมดนี้เป็นผลอันไม่ได้เจตนาของการปฏิรูปกฎหมายในต้นศตวรรษที่ 20 ซึ่งสลัดทิ้งจารีตแบบโบราณที่กฎหมายผูกพันกับธรรมะและความยุติธรรมอย่างแน่นแฟ้น นิติศาสตร์จากโลกตะวันตกถูกนำเข้ามาในสยามอย่างเร่งรีบ ทั้งๆ ที่วัฒนธรรมตะวันออกไม่เคยมีจารีตกฎหมายที่แยกออกจากความยุติธรรมเช่นนี้มาก่อนเลย[104]

---

[102] สมยศ 2548: 131 นักนิติศาสตร์อีกหลายคนแสดงความเห็นคล้ายกัน เช่น แสวง 2545: 260–261; กิตติศักดิ์ 2556: 77–78; จรัญ 2528:49–53 เป็นต้น

[103] กิตติศักดิ์ 2556: 74 เสนอคำพิพากษาฎีกาหลายคดีที่ตัดสินบนฐานความคิดแบบนี้

[104] Pridi 1986: 294–295

ผู้เขียนไม่สงสัยและเห็นด้วยเต็มที่ว่าความคิดดังกล่าวเป็นฐานของการใช้อำนาจตามอำเภอใจ เป็นฐานทางกฎหมายของระบอบเผด็จการและคณะรัฐประหาร และไม่ควรเป็นเหตุผลที่ตุลาการของไทยยอมรับมาใช้สนับสนุนการรัฐประหารครั้งแล้วครั้งเล่า จนกลายเป็นว่าตุลาการของไทยมีส่วนร่วมในการประกอบความผิดทำลายล้างรัฐธรรมนูญไปด้วย แต่ผู้เขียนสงสัยว่า หากความคิดทำนองนี้ไม่มีอยู่ในจารีตกฎหมายของไทยมาก่อนเลยอย่างที่ปรีดีกล่าว ความคิดแบบสำนักกฎหมายบ้านเมืองจะเข้ามาลงหลักปักฐานแน่นแฟ้นในช่วงเวลาสั้นๆ และกลับมีอิทธิพลต่อเนื่องมาตลอดนานกว่าศตวรรษแล้วได้อย่างไรกัน ผู้เขียนขอเสนอคำอธิบายที่แตกต่างออกไป

การปกครอง**ด้วย**กฎหมายของสมบูรณาญาสิทธิราชย์

"คำว่า 'กฎหมาย' นั้นใช้เป็นคำกลางตรงกับธรรมและ law ในภาษาอังกฤษ รวมข้อความที่เป็นบันทัดของความกระทำทั่วไปทั้งเทวดาและมนุษย์ ส่วนการ

> ของมนุษย์ต่อมนุษย์นั้น กฎหมายเป็นบันทัดของการที่พระมหากษัตราธิราชผู้เป็นเจ้าเป็นใหญ่ในอาณาจักรได้กำหนดแต่งตั้งไว้ แล้วผู้น้อยจำต้องเชื่อถ้อยฟังคำและประพฤติตาม"[105]

ชนชั้นนำไทยในปลายศตวรรษที่ 19 ต่อต้นศตวรรษที่ 20 สามารถรับแนวความคิดแบบสำนักกฎหมายบ้านเมืองได้ง่าย ทั้งยังตอกย้ำและผลิตซ้ำความคิดที่ว่ากฎหมายคือคำสั่งของรัฐที่ราษฎรพึงต้องปฏิบัติตามโดยไม่สงสัย ก็เพราะแนวคิดดังกล่าวเป็นที่คุ้นเคยอยู่แล้วสำหรับชนชั้นนำในระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ (และคงรวมถึงสังคมไทยโดยทั่วไปในขณะนั้นด้วย) กษัตริย์ในระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์มีอำนาจบัญญัติกฎหมายได้โดยไม่ต้องติดอยู่ในกรอบของพระธรรมศาสตร์ของพระมนูสาราจารย์อีกต่อไปแล้ว ได้เป็นองค์อธิปัตย์ในความหมายสมัยใหม่ (The Sovereign) อย่างเต็มตัว ความคิดแบบนี้จึงไม่ใช่เรื่องแปลกใหม่สำหรับสยามในตอนนั้น มิใช่เพราะนิติศาสตร์ตะวันตกทรงพลังมากเท่ากับเพราะระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ก็มีความคิดคล้ายๆ กัน

---

[105] เอกสารกองจดหมายเหตุ ร.5 ย. 1/71 "คำอธิบายชื่อกฎหมาย" (ไม่ปรากฏปี) หน้า 1

ต่อกฎหมาย หากเรางดความเชื่อว่ากษัตริย์ก่อนสมัยใหม่ไม่มีอำนาจบัญญัติกฎหมายไว้ก่อน และเข้าใจเสียใหม่ว่ากษัตริย์สมัยก่อนบัญญัติกฎหมายเสมอและกฎหมายนั้นมีผลโดยตรงในชีวิตปกติผู้คน แนวคิดสำนักกฎหมายบ้านเมืองคล้ายกับความเข้าใจต่อกฎหมายที่ดำรงอยู่แล้ว (pre-existing idea) ในสยามยุคนั้น แถมแนวคิดสำนักกฎหมายบ้านเมืองยังมาจากยุโรปจึงศิวิไลซ์กว่ากฎหมายเก่าอีกด้วย

ประวัติศาสตร์กฎหมายไทยตามแบบฉบับอธิบายการปฏิรูปว่าเป็นการทำให้ทันสมัย (modernization) แทบไม่ต่างเลยกับประวัติศาสตร์แห่งชาติกระแสหลักเมื่อทศวรรษก่อนๆ นับจากนั้นมาวิชาการประวัติศาสตร์เปลี่ยนแปลงไปอย่างมาก ในประเด็นนี้ มีการวิพากษ์วิจารณ์ประวัติศาสตร์การปฏิรูปให้ทันสมัยจนไม่ค่อยมีนักประวัติศาสตร์อธิบายด้วยฐานทฤษฎีทำให้ทันสมัยอีกต่อไป คำอธิบายความเปลี่ยนแปลงด้วยพระปรีชาสามารถก็เหลืออยู่ในประวัติศาสตร์แบบราชการเป็นหลัก แต่มักไม่พบในมหาวิทยาลัยสักเท่าไร เพราะนักประวัติศาสตร์สนใจปัจจัยที่เป็นบริบทในแง่ต่างๆ พยายามเข้าใจการปรับเปลี่ยนสู่สมัยใหม่ว่าเป็นผลงานของระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ คุณูปการของการปฏิรูปจึงมากับผลเสีย

และมรดกหลายอย่างที่แยกไม่ออกจากเงื่อนไขกึ่งอาณานิคมและสมบูรณาญาสิทธิราชย์ (แต่ไม่ปฏิเสธพระปรีชาสามารถและไม่ใบ้บอดต่อความไม่สามารถ ความผิดพลาด เห็นแก่ตัวคับแคบ และอื่นๆ ประสามนุษย์ด้วย)[106] ดูเหมือนความก้าวหน้าของวิชาการประวัติศาสตร์ไทยกับวิชาการประวัติศาสตร์กฎหมายไทยจะดำเนินขนานกันไปแต่ไม่พบปะกันสักเท่าไร ประวัติศาสตร์กฎหมายไทยยังคงอยู่กับประวัติศาสตร์การทำให้ชาติทันสมัยในสมัยรัชกาลที่ 5 และกับประวัติศาสตร์แบบราชาชาตินิยม

ถ้าหากตระหนักถึงประวัติศาสตร์สยามยุคสมบูรณาญาสิทธิราชย์ ก็จะเห็นได้ไม่ยากว่าการปฏิรูปกฎหมายก็เพื่อสนองและรับใช้รัฐสมัยใหม่แบบสมบูรณาญาสิทธิราชย์เพื่อให้มีประสิทธิภาพในการรวมศูนย์อำนาจภายใต้ชนชั้นนำที่กรุงเทพฯ ซึ่งต้องการเทคโนโลยีใหม่ๆ รวมทั้งระบบกฎหมายสมัยใหม่นั่นเอง อันที่จริงหลักฐานเรื่องการปฏิรูปกฎหมายไม่เคยมีชิ้นใดเลยที่กล่าวถึงความเสมอภาค เพราะนั่นย่อมหมายถึงเจ้าย่อมอยู่ใต้กฎหมายเดียวกัน ในทางกลับกันปาดูซ์รายงานว่าไม่จำเป็นต้องบรรจุเรื่องการตัดสิทธิทางการเมือง

[106] Kullada 2006 และ ธงชัย 2556: 199-219

เช่นสิทธิในการลงคะแนนเสียง สิทธิที่จะเป็นลูกขุน (jury) และสิทธิพลเมือง (civil rights) เพราะไม่เคยมีสิทธิเหล่านี้ในสยามจึงตัดไม่ได้[107] การปฏิรูปกฎหมายคือการยกระดับปรับปรุงเทคนิคการปกครองอย่างสำคัญทำให้รัฐสมบูรณาญาสิทธิราชย์เป็นการปกครองของเจ้า**ด้วย**กฎหมายนั่นเอง[108]

ระบบกฎหมายสมัยใหม่ของสมบูรณาญาสิทธิราชย์มิใช่นิติรัฐ (Legal State) แบบบรรทัดฐานที่กำลังเติบโตขึ้นในยุโรปในช่วงเดียวกันอย่างแน่นอน เพราะมิได้มุ่งจำกัดอำนาจรัฐเพื่อพิทักษ์ปกป้องปัจเจกบุคคล สิทธิของเอกชน หรือทรัพย์สินของเอกชน ทั้งมิใช่การปกครอง**ของ**กฎหมาย (The Rule of Law) ที่ชนชั้นปกครองและราษฎรอยู่ใต้กฎหมายอย่างเสมอภาคกัน แต่ยังเป็นนิติศาสตร์และระบบกฎหมายที่กษัตริย์ของสมบูรณาญาสิทธิราชย์เป็นองค์อธิปัตย์ (The Sovereign)

---

[107] เอกสารกองจดหมายเหตุ น. ร.5 ย. 3–27 George Padoux Report on the Proposed Penal Code for the Kingdom of Siam Submitted to His Royal Highness Prince Rajburi Direckrit, Minister of Justice, 6 August 1906, p. 16 ดูจากเนื้อความตรงนี้ผู้เขียนไม่แน่ใจว่า civil rights ในที่นี้หมายถึง "สิทธิพลเมือง"

[108] Urabe 1990: 63–72 กล่าวถึงความสอดคล้องกันระหว่าง Legal Positivism กับรัฐธรรมนูญสมัยเมจิ ซึ่งเป็นรัฐสมบูรณาญาสิทธิราชย์ที่กำลังสถาปนารัฐสมัยใหม่ในทำนองเดียวกับรัฐสยามสมัยรัชกาลที่ 5 ความคิดดังกล่าวเป็นการให้อำนาจแก่รัฐในการบริหารปกครอง**ด้วย**กฎหมาย Urabe อธิบายถึงมรดกของจารีตกฎหมายสมบูรณาญาสิทธิราชย์ที่ยังตกทอดมาจนถึงปัจจุบัน คือฝ่ายบริหารมักได้รับอภิสิทธิ์จากตุลาการจนทุกวันนี้

ผู้ทรงอำนาจสถาปนากฎหมายอย่างสมบูรณ์ สยามเพียงรับปรับแปรแนวคิดของสำนักกฎหมายบ้านเมืองเข้ามารับใช้รัฐสมบูรณาญาสิทธิราชย์ การที่ชนชั้นนำใช้วาทกรรมและโวหารของสำนักกฎหมายบ้านเมืองสำหรับระบบกฎหมายของสยามได้สนิท อาจหมายความว่าชนชั้นนำสยามสมาทานความคิดตะวันตกสำนักนั้น พอๆ กับหมายความว่าชนชั้นนำสยามได้ทำให้กลายเป็นสำนักกฎหมายบ้านเมืองแบบไทยไปเรียบร้อยแล้ว แนวคิด วาทกรรมและโวหารเหล่านั้นเป็นผลผลิตของสังคมไทยไปแล้ว (ดังจะเห็นต่อไปว่าแตกต่างจาก Legal Positivism ในยุโรปหลายอย่าง) ทำนองเดียวกับหลายสิ่งหลายอย่างในสังคมไทยขณะนั้นหรือจนบัดนี้ที่ดูเหมือนเป็นฝรั่งแต่โดยเนื้อแท้แล้วเป็นไทยทั้งแท่ง

ระบอบการปกครอง**ด้วย**กฎหมายของสมบูรณาญาสิทธิราชย์น่าจะเป็นประวัติศาสตร์กฎหมายไทยช่วงสำคัญที่สุดช่วงหนึ่ง น่าเสียดายที่เรากลับเห็นเป็นอย่างอื่น พยายามให้เป็นอย่างอื่น ถ้าหากระบอบเผด็จการและวงการนิติศาสตร์ของไทยรวมทั้งตุลาการด้วยจะหยิบยกคาถาของสำนักกฎหมายบ้านเมืองมาเป็นเหตุผลสนับสนุนความชอบธรรมของระบอบอำนาจนิยมทุกชนิด ก็เป็นเพราะพวกเขาคุ้นเคยเป็น

อย่างดีกับจารีตดังกล่าวเพราะมีเชื้อมูลมาแต่จารีตกฎหมายเดิมและจากนั้นก็ต่อยอดปรับแปรในการปฏิรูปกฎหมายสมัยใหม่ภายใต้กำกับของสมบูรณาญาสิทธิราชย์ของไทยเองตะวันออกไม่ใช่ความบริสุทธิ์ที่ถูกตะวันตกยัดเยียดความเลวร้ายให้ได้ง่ายๆ

เราคงปฏิเสธไม่ได้ว่าระบบกฎหมายสมัยใหม่ที่เริ่มมากับสมบูรณาญาสิทธิราชย์นั้นได้เติบโตต่อมาภายใต้ระบอบอำนาจนิยมหลัง 2475 เป็นส่วนใหญ่ รัฐอำนาจนิยมและระบบกฎหมายเช่นนี้เกื้อหนุนซึ่งกันและกัน ถ้าเช่นนั้นแล้วนิติศาสตร์และระบบกฎหมายสมัยใหม่ของไทยไม่น่าจะเป็นการปกครอง**ของ**กฎหมายหรือการปกครองที่กฎหมายเป็นใหญ่ แต่เป็นนิติศาสตร์นอกแบบฉบับ (non-normative jurisprudence) หรือเป็น “การปกครอง**ด้วย**กฎหมาย” (Rule by Law) ที่มีลักษณะแบบไทย ในตอนต่อไป จะดูว่าระบบกฎหมายของสมบูรณาญาสิทธิราชย์ได้ทิ้งมรดกอย่างไรในเวลาต่อมา โดยไม่ต้องมองเป็นอย่างอื่น เช่น ไม่ต้องมองเป็นสำนักกฎหมายบ้านเมืองอย่างตัดขาดจากเงื่อนไขภายในสังคมไทยเอง

ผู้เขียนขอนำเสนอในตอนต่อไปว่า นิติศาสตร์และระบบกฎหมายสมัยใหม่ของไทยมี 2 กระแส ได้แก่ 1) นิติรัฐแบบรัฐ

มือภิสิทธิ์และ 2) นิติธรรม ซึ่งมิได้หมายถึง Rule of Law หรือการปกครอง**ของ**กฎหมาย แต่หมายถึงนิติศาสตร์ที่อิงกับพุทธและพระมหากษัตริย์ทรงธรรมผู้เป็นองค์อธิปัตย์ นิติศาสตร์และระบบกฎหมายแบบไทยทั้งสองกระแสนี้เติบโตท่ามกลางความเปลี่ยนแปลงของการเมืองไทย[109] ทั้งสองกระแสอยู่ร่วมกันตลอดนับจากต้นศตวรรษที่ 20 เป็นต้นมา มีคุณสมบัติหลายอย่างร่วมกัน ซ้อนทับกัน แต่ก็มีความแตกต่างกัน จึงมีความขัดฝืนแย้งกันตามแต่ประเด็นและกรณี นักกฎหมายจำนวนมากอาจได้รับแนวคิดทั้งสองกระแสพร้อมกันไป นักนิติศาสตร์จำนวนหนึ่งเห็นความแตกต่าง จึงวิพากษ์วิจารณ์อีกฝ่ายหนึ่ง อย่างเช่นที่สำนักธรรมศาสตร์ทำมาหลายทศวรรษ แต่ทั้งสองกระแสเป็นสาแหรก (genealogy) คนละสายที่ประกอบสร้างขึ้นเป็นนิติศาสตร์และระบบกฎหมายของไทยในปัจจุบัน

---

[109] หมายถึง การต่อสู้กันระหว่างคณะราษฎรกับพวกเจ้าระหว่าง 2475 ถึง 2490 ระบอบอำนาจนิยมสารพัดชนิดจาก 2490 ถึง 2516 ซึ่งต่อด้วยความผันผวนเหวี่ยงไปทางซ้ายและขวา และประชาธิปไตยครึ่งใบอีก 10 กว่าปี จนสถาปนาระบอบประชาธิปไตยและเผด็จการที่มีพระมหากษัตริย์เป็นประมุขอย่างแท้จริงได้ในที่สุดนับจาก 2535 จนถึงทุกวันนี้ ในระยะยาวดังกล่าวฝ่ายกษัตริย์นิยมพยายามฟื้นบทบาททางการเมืองนับตั้งแต่หลัง 2490 จนประสบโอกาสนับจาก 14 ตุลา 2516 เป็นต้นมาและได้ขยายอำนาจเรื่อยมาจนระบอบประชาธิปไตยและเผด็จการที่มีพระมหากษัตริย์เป็นประมุขได้ครองอำนาจนำอย่างแท้จริงนับจากทศวรรษ 1990 จนถึงปัจจุบัน

นิติรัฐอภิสิทธิ์ หรือนิติรัฐแบบไทย

เป็นที่รู้กันดีว่าคนไทยไม่ต้องการขึ้นโรงขึ้นศาลโดยเฉพาะอย่างยิ่งไม่ต้องการมีเรื่องกับเจ้าหน้าที่ ต่อให้เป็นคนรู้กฎหมายดีก็ตาม เพราะประชาชนทั่วไปไม่เชื่อใจเจ้าหน้าที่รัฐและมักเชื่อว่ากฎหมายมักเข้าข้างคนรวยและคนมีอำนาจ[110] ความเข้าใจดังกล่าวเป็นที่รับรู้กันดีและอาจหนักหน่วงยิ่งขึ้นในระยะหลังก็เป็นได้ เพราะการถือว่าคนไม่เท่ากันที่ฝังลึกในสังคมไทยได้รับการตอกย้ำว่าเป็นเรื่องปกติ การแสดงความร่ำรวย อำนาจหรืออภิสิทธิ์อื่นๆ รวมทั้งการทำร้ายคนที่ถือว่าต่ำกว่า จึงเกิดขึ้นโดยที่ความเกรงกลัวความผิดทางกฎหมายลดลง ผู้เขียนเห็นว่าความไม่เท่าเทียมกันทางกฎหมายน่าจะไม่ใช่เพียงปัญหาการบังคับใช้หรือเป็นกรณียกเว้นเพราะคนยังไม่ดีพอ แต่เป็นปัญหาทางวัฒนธรรมที่กลายเป็นสถาบันทางสังคม ดังนั้นการต่อสู้กับปัญหานี้ก็ต้องเป็นไปในเชิงสถาบันด้วยเช่นกัน อย่างไรก็ตามผู้เขียนขอไม่เพ่งเล็งไปที่ประเด็นอภิสิทธิ์ของบุคคลในบทความนี้ เพราะมีผู้กล่าวถึงวิพากษ์วิจารณ์อย่างมากเป็นปกติอยู่แล้ว

[110] ข้อสังเกตของอดีตนักการทูตที่รู้จักสังคมไทยดี Wise 2019 หน้า 198 และ 225 โดยอ้าง Engel and Jaruwan 2010 สนับสนุน

ผู้เขียนขอมุ่งไปที่อีกประเด็นซึ่งเกี่ยวพันกับระบบกฎหมายและนิติศาสตร์ของไทย นั่นคือ อภิสิทธิ์ของรัฐ

ในนิติรัฐ (Legal State) แบบบรรทัดฐาน ระบบกฎหมายมุ่งหมายจำกัดอำนาจรัฐ มิให้รัฐละเมิดสิทธิเสรีภาพของปัจเจกบุคคล จึงเน้นหลักการแยกอำนาจและการตรวจสอบคะคานอำนาจฝ่ายบริหารด้วยกลไกรัฐธรรมนูญ รัฐสภา ศาลที่เป็นอิสระ และกลไกเชิงสถาบันอื่นๆ แต่นิติรัฐของไทยเป็นทำนองเดียวกับหลายประเทศในเอเชีย คือ มีความโน้มเอียงที่จะให้อภิสิทธิ์แก่ฝ่ายบริหาร ตุลาการซึ่งเป็นส่วนหนึ่งของระบบราชการ แทนที่จะมีบทบาทตรวจสอบอำนาจของรัฐบาลกลับมักเป็นกลไกที่ช่วยอำนวยการให้นโยบายของฝ่ายบริหารดำเนินไปได้มากกว่า หลายแห่งมีอิสระไม่มากพอที่จะตรวจสอบ ฝ่ายกฎหมายในระบบราชการก็เป็นผู้รับใช้รัฐ ยิ่งการเรียนนิติศาสตร์เป็นแบบท่องจำ จึงขาดการฝึกฝนวิจารณญาณอย่างเป็นอิสระ กล่าวโดยรวม ระบบกระบวนการยุติธรรมและตุลาการของไทยมีท่าทีเป็นผู้รับใช้รัฐและทั้งหมดรับใช้สถาบันกษัตริย์ซึ่งเป็นศูนย์กลางของคนในชาติ[111]

---

[111] Munger 2015: 304

มีการศึกษาระบบกฎหมายของหลายประเทศในเอเชียที่มีลักษณะดังกล่าว ตัวอย่างได้แก่กรณีของญี่ปุ่น (และในเกาหลีและไต้หวันด้วย ในระดับที่ต่างออกไป) ระบบกฎหมายและตุลาการมักปกป้องการตัดสินใจและใช้อำนาจของราชการเพื่อประโยชน์ของการพัฒนาทางเศรษฐกิจ โดยผ่านธรรมเนียมปฏิบัติทางกฎหมายที่ยอมรับ "administrative guidance" ทั้งที่มิได้มีสถานะเป็นกฎหมาย[112] "แม้ปราศจากกฎหมายรองรับแต่ศาลก็ยอมรับ administrative guidance ว่าใช้ในศาลได้"[113] อภิสิทธิ์ของฝ่ายบริหารเช่นนี้เองทำให้มีผู้วิจารณ์ว่าถึงแม้จะถือว่าญี่ปุ่นมีระบบกฎหมายที่ได้บรรทัดฐาน แต่เอาเข้าจริงมีพลังของจารีตเดิมซึ่งขัดแย้งกับหลักกฎหมายสมัยใหม่อยู่ เป็นระบบกฎหมายบรรทัดฐานที่ยังแฝงด้วยจารีตเดิม[114] จะเรียกว่าเป็น นิติรัฐแบบ Administration by Law หรือ The Rule of Law ที่เป็นการให้ความชอบธรรมแก่รัฐในทางปฏิบัติก็ได้[115]

ในกรณีของสิงคโปร์นั้น Jothie Rajah อธิบายว่าสิงคโปร์มีการปกครอง**ของ**กฎหมายที่จัดว่าเป็นเสรีนิยมมากพอควรด้วยแต่ว่าในเวลาเดียวกันก็มีกฎหมายจำนวนหนึ่ง ได้แก่ กฎหมาย

---

[112] Ginsburg 2012: 73–74 และ Maslen 1988

[113] Maslen 1988: 284

[114] Maslen 1988: 282

[115] Urabe 1990: 62, 69

เกี่ยวกับพื้นที่สาธารณะ สิ่งพิมพ์และสื่อมวลชน วิชาชีพทางกฎหมาย กฎหมายเกี่ยวกับศาสนา และกฎหมายเกี่ยวกับความเป็นระเบียบเรียบร้อยของสาธารณะ เหล่านี้รวมแล้วเกิดเป็นปริมณฑลทางกฎหมายที่ให้อำนาจแก่รัฐบาลสูงมากแบบอำนาจนิยม (authoritarian) ทีเดียว สามารถจำกัดเสรีภาพของบุคคลได้ในนามของประโยชน์ส่วนรวม (public good หรือ common good) กล่าวโดยรวมระบบกฎหมายในสิงคโปร์เป็น "dual legality" ความชอบธรรมของปริมณฑลที่จำกัดเสรีภาพและให้อำนาจรัฐอย่างสูงนี้อาศัยข้ออ้างว่า สิงคโปร์จำเป็นต้องออกจากนิติศาสตร์บรรทัดฐานเนื่องจากลักษณะเฉพาะของสิงคโปร์ คือ เป็นประเทศเล็กมากที่มีหลายชนชาติและต่างศาสนา จึงไม่มีกำลังไปตอบโต้การถูกคุกคาม แต่กลับมีความอ่อนไหวต่อความขัดแย้งภายในที่อาจกลายเป็นการทำลายความสงบเรียบร้อยของสังคม จึงต้องสถาปนาปริมณฑลที่เป็น "ข้อยกเว้น" ไม่สามารถใช้นิติศาสตร์หรือระบบกฎหมายแบบบรรทัดฐานได้ และให้อำนาจแต่ให้รัฐมีอำนาจอันชอบธรรมเพื่อควบคุมจัดการพื้นที่สาธารณะ สื่อมวลชน ควบคุมการรวมกลุ่ม องค์กรและสถาบันทางศาสนา รัฐเป็นผู้ปกป้องคุ้มครองระเบียบสังคมและประโยชน์แห่งชาติ "ประเทศชาติต้องมาก่อนส่วน

บุคคล... การคำนึงถึงมนุษยชาติและห่วงใยเพื่อนมนุษย์จะต้องไม่มากจนกลายเป็นข้อจำกัดกีดขวางนโยบายของรัฐ"[116] Rajah จึงเรียกว่าเป็น "การปกครอง**ของ**กฎหมายแบบอำนาจนิยม" (Authoritarian Rule of Law)

อภิสิทธิ์เพื่อประโยชน์สาธารณะและความมั่นคงของชาติ

รัฐไทยในปัจจุบันก็ให้เหตุผลทำนองเดียวกันว่าในฐานะผู้ปกป้องคุ้มครองประเทศชาติ ("ส่วนรวม") จึงต้องพิทักษ์ปกป้องสมบัติสาธารณะหรือผลประโยชน์ของส่วนรวมซึ่งเหนือกว่าส่วนบุคคล แม้ว่าการกระทำของรัฐจะกระทบกระเทือนสิทธิเสรีภาพและทรัพย์สินของเอกชนก็ตาม และทั้งๆ ที่เป็นสิทธิติดตัวมาแต่กำเนิดหรือเป็นทรัพย์สินของบุคคลผู้นั้นมานานแล้วก็ตาม ตัวอย่างชัดเจนที่สุดคือการใช้อำนาจรัฐเข้าจัดการป่าสงวน สงกรานต์ ป้องบุญจันทร์ เสนอว่ากฎหมายเกี่ยวกับป่าสงวนแห่งชาติเป็น "กฎหมายที่มีลักษณะอำนาจนิยม" เป็นกฎหมายปกติ (ไม่ใช่ออกโดยอำนาจพิเศษเช่น คสช.) ที่ให้อำนาจพิเศษแก่รัฐบาล สามารถเข้าควบคุมป่าและขับไล่

---

[116] Rajah 2012 ข้อความที่อ้างมาจากหน้า 12

ประชาชนได้[117] ระบอบเผด็จการทำให้กฎหมายที่มีลักษณะอำนาจนิยมแสดงศักยภาพในการบังคับใช้กับประชาชนอย่างหนักหน่วงยิ่งขึ้น ทั้งการเพิ่มหน่วยงานและเพิ่มผู้บังคับใช้กฎหมาย (หมายถึงทหารนั่นเอง)[118]

ในขณะที่นักวิชาการและเอ็นจีโอที่รณรงค์เรื่องป่าชุมชนมาเป็นเวลานาน พยายามต่อสู้กับกฎหมายไทยในแง่ที่ว่าเป็นกฎหมายเชิงเดี่ยว (หมายถึงยอมรับแต่สถานะของเอกชนแต่ไม่ยอมรับสถานะของชุมชน) เพราะเห็นว่านี่เป็นรากฐานของปัญหาป่าไม้ และเรียกร้องให้กล้าคิดเรื่อง "พหุนิยมทางกฎหมาย" เพื่อเปิดรับกว้างกว่าเรื่องของสิทธิเอกชน ผู้เขียนไม่แน่ใจว่า อุปสรรคของป่าชุมชนอาจไม่ใช่แค่ประเด็นสิทธิเอกชนที่แตกต่างจากสิทธิชุมชน แต่ปัญหาสำคัญกว่าอยู่ตรงที่รัฐถือว่าตนเองเป็นผู้ครอบครองป่าไม้ทั้งหมดซึ่งเป็น common good ที่มีค่าขึ้นมา จึงต้องแสดงอำนาจความเป็นเจ้าของเหนือ

---

[117] กฎหมายมีลักษณะอำนาจนิยมดังนี้ เนื้อหากฎหมายเน้นไปที่การสั่งการและควบคุม (command and control) มากกว่าการแสวงหาความร่วมมือจากประชาชน มุ่งสถาปนาอำนาจเด็ดขาดของรัฐในการจัดการป่า ไม่ยอมรับอำนาจและสิทธิของชุมชนในการจัดการและใช้ประโยชน์จากป่า กฎหมายเกี่ยวกับนโยบายเรื่องป่าไม้ของรัฐประกอบด้วย 1) พ.ร.บ.ป่าไม้ 2484 2) พ.ร.บ.อุทยานแห่งชาติ 2504 3) พ.ร.บ.ป่าสงวนแห่งชาติ 2507 4) พ.ร.บ.สงวนและคุ้มครองสัตว์ป่า 2535 (สงกรานต์ 2561: 236, 256 และคำอธิบายเพิ่มเติมผ่านการติดต่อทางอีเมล)

[118] สงกรานต์ 2561: 241–248 สถิติจำนวนหมู่บ้านและจำนวนคนที่ถูกกระทบจากนโยบายทวงคืนผืนป่าเพิ่มขึ้นสูงมากเกือบ 40 เปอร์เซ็นต์ นับจากรัฐประหาร คสช.

กว่าเอกชนหรือชุมชนใดๆ ทั้งสิ้น ส่วนเรื่องเอกชนหรือชุมชนเป็นอีกเปลาะหนึ่ง การให้เอกชนบางรายเข้าไปจัดการสร้างและหาผลประโยชน์จากป่าสงวนเหนือกว่าสิทธิของประชาชนที่จะอยู่กับป่าในลักษณะป่าชุมชน ก็อาจจะไม่ใช่ปัญหาเรื่องสิทธิเอกชนที่ตรงข้ามกับสิทธิชุมชน แต่เป็นปัญหาว่ารัฐถือว่าตนมีอำนาจตัดสินว่าทำอย่างไรสมบัติสาธารณะจึงจะเป็นประโยชน์ที่สุด ในกรณีป่าไม้หมายถึงให้เอกชนเข้าทำประโยชน์แต่ต้องให้อภิสิทธิ์กับรัฐเป็นผู้จัดการนั่นเอง เพราะเหตุนี้ เมื่อ พ.ร.บ.ป่าชุมชนออกมาเมื่อปี 2562 จึงมีเสียงวิพากษ์วิจารณ์ว่าไม่มีกฎหมายนี้เสียดีกว่า เพราะรัฐบาลยังมีอำนาจสั่งการจัดการและควบคุมอย่างเต็มที่ รวมทั้งนิยามและตัดสินว่าใครเป็นสมาชิกป่าชุมชน[119]

สมบัติสาธารณะ (public good หรือ common good) หรือประโยชน์ของส่วนรวมที่สำคัญที่สุดซึ่งรัฐอ้างตนเป็นผู้พิทักษ์ปกป้อง จนนำไปสู่อำนาจและอภิสิทธิ์อันล้นหลามของรัฐทั้งในภาวะปกติและในภาวะไม่ปกติก็คือ “ความมั่นคงของชาติ”

ในสมัยสมบูรณาญาสิทธิราชย์ ความมั่นคงของพระมหากษัตริย์ในความหมายกว้าง (รวมถึงพระราชวงศ์และ

---

[119] ชัยพงศ์ 2562

พระราชวัง) ถือเป็นเรื่องสำคัญสูงสุด เป็นหนึ่งในสองประเด็นหลักของกฎมณเฑียรบาล และเป็นบทบัญญัติที่มีบทลงโทษสูงสุดในพระไอยการอาญาหลวง และพระไอยการกระบถ-ศึก[120] ประมวลกฎหมายอาญาสมัยใหม่นับแต่ฉบับแรก จึงให้ความสำคัญแก่ความมั่นคงของราชสำนักและพระราชวัง (=รัฐ) อย่างมากและมีบทลงโทษรุนแรง โดยในช่วงต้นยังสืบทอดหรือซ้อนทับกับจารีตเดิมที่ยังคงมีอยู่ในขณะนั้น เช่น ถือว่าพระมหากษัตริย์มีนัยกว้าง พระราชวงศ์ได้รับความคุ้มครองจากกฎหมายนี้มากยิ่งกว่าในปัจจุบัน และให้มีโทษหนักกว่าความผิดเดียวกันต่อบุคคลธรรมดา[121] ยิ่งกว่านั้นยังคงความสำคัญ

---

[120] Baker and Pasuk 2016: 3,5, 60 –61; ชาคริต 2557: 162–163; ชัชพล 2561 หน้า 121 ให้ความเห็นที่น่าสนใจว่ามีกฎหมายอยุธยามากมายเป็นเรื่องของความขัดแย้งวิวาทระหว่างราษฎร มิใช่ในฐานะกรรมการเพื่อระงับข้อพิพาทระหว่างเอกชน (ตามความคิดของกฎหมายสมัยใหม่) แต่เพราะถือว่าเป็นหน้าที่ของรัฐต้องจัดการกับความไม่สงบเรียบร้อยในบ้านเมืองมากกว่า ในทัศนะนี้ แม้กระทั่งกฎหมายที่ดูเหมือนเป็นเรื่องของประชาชนด้วยกันเองก็เป็นลักษณะกฎหมายมหาชนเสียมากกว่า

[121] ดู กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 ภาคสอง ส่วนที่ 1 ว่าด้วยความผิดประทุษร้ายต่อพระเจ้าอยู่หัวและพระราชอาณาจักร, หมวด 1 ลักษณะความผิดฐานประทุษร้ายต่อพระราชตระกูล – มาตรา 98 คล้ายกับมาตรา 112 ในปัจจุบัน (แต่โทษเบากว่าปัจจุบัน), มาตรา 99 การประทุษร้ายต่อพระราชบุตร พระราชธิดาในพระเจ้าอยู่หัวไม่ว่ารัชกาลหนึ่งรัชกาลใด มีโทษหนักกว่าการประทุษร้ายบุคคลสามัญ 3 เท่า, มาตรา 101 ลงโทษการอาฆาตมาดร้าย หมิ่นประมาทพระราชบุตร พระราชธิดาของพระเจ้าอยู่หัวพระองค์ใดก็ตาม

ของพระราชวังตามกฎมณเฑียรบาลไว้ตามเดิม[122]

ในสมัยปัจจุบัน คงไม่จำเป็นต้องอธิบายอย่างละเอียดว่า "ความมั่นคงของชาติ" เป็นแหล่งที่มาของอำนาจและอภิสิทธิ์ของรัฐขนาดไหนโดยเฉพาะกลไกรัฐที่มีหน้าที่รักษาความมั่นคง กองทัพมีอำนาจยิ่งใหญ่เหนือรัฐบาลหลายยุคหลายสมัย (หรืออาจกล่าวได้ว่าเป็นเวลาส่วนใหญ่ของยุคประชาธิปไตย) ถึงขนาดที่รัฐบาลพลเรือนก็แทบไม่กล้าแตะต้องงบประมาณทหารจนเกินไป ไม่อยากยุ่งกับการโยกย้าย "บิ๊ก" ทั้งหลาย การรัฐประหารหลายครั้งก็เริ่มจากการเข้าไปยุ่งนี่แหละ เสมือนกองทัพเป็น fief ของ "บิ๊ก" ทั้งหลาย จึงห้ามก้าวก่าย ยังไม่ต้องพูดถึงองค์กรอย่าง กอ.รมน. ซึ่งมีอำนาจและทรัพยากร (ลับ) และบทบาทในกิจการต่างๆ สูงมากในภาวะปกติและเหลือล้นในภาวะไม่ปกติรวมทั้งกิจการพลเรือนด้วย[123] แม่ทัพ-ภาคก็มีอำนาจยิ่งกว่าผู้ว่าราชการจังหวัดในหลายเวลาและใน

---

[122] เอกสารกองจดหมายเหตุ ร.5 ย.23/3 หน้า 70-71 บันทึกกรมฯ นริศฯ "[ข้าพเจ้าตรวจดูแล้ว] เห็นด้วยหลักๆ ว่าข้อที่จะลบล้าง [กฎมณเฑียรบาล] มีอยู่บ้าง แต่เป็นข้อความสำหรับทั่วไป... หากแก้ไขก็คงใช้ได้ตามกฎหมายใหม่ ส่วนข้อพิเศษ เช่นเขียนเพลงยาวหรือปีนกำแพงวัง...ในโค้ดกฎหมายอาญานี้ก็ไม่ได้กล่าวถึง ถ้าถือว่าไม่ได้กล่าวเป็นไม่ลบล้าง โค้ดนั้นก็... ไม่เป็นข้าศึกกับกฎมณเฑียรบาล... ได้ตกลงกับกรรมการผู้ร่างกฎหมายแล้วว่าจะเติมข้อความในร่างโค้ดอีกว่า กฎหมายอาญาใหม่นี้ไม่ลบล้างฤาแก้ไขกฎมณเฑียรบาล กฎหมายพระสงฆ์ กฎหมายทหาร..."

[123] Puangthong 2019

หลายพื้นที่ แถมหลายหน่วยทหารในทุกเหล่าทัพเป็นเจ้าของคลื่นความถี่วิทยุโทรทัศน์รวมกันทั้งหมดแล้วประมาณครึ่งหนึ่งของที่มีอยู่ทั้งหมด จนสามารถระดมใช้งานล้มรัฐบาลก็ได้ และเป็นแหล่งทำมาหากินในยามปกติ ทั้งหมดนี้เพื่อ “ความมั่นคงของชาติ“ ความผิดปกติเหล่านี้กลายเป็นเรื่องปกติ กลายเป็นสถาบันทางการเมืองและสังคมตามปกติไปแล้ว ราวกับประเทศไทยเป็นรัฐทหาร ทั้งหมดนี้ย่อมสะท้อนระบบกฎหมายและการเมืองที่ให้อภิสิทธิ์แก่รัฐโดยเฉพาะกลไกที่เกี่ยวกับความมั่นคงแห่งชาติ

อภิสิทธิ์ใน “สภาวะยกเว้น” (The State of Exception)

“ความมั่นคงแห่งชาติ” ยังเป็นแหล่งที่มาของอภิสิทธิ์ที่มากกว่าที่กล่าวมาเสียอีก เพราะเป็นเหตุผลให้รัฐและทหารสามารถงดใช้ระบบกฎหมายตามปกติได้หากมีสถานการณ์พิเศษหรือใน “สภาวะยกเว้น” (The State of Exception) นั่นเอง Agamben ศึกษาและสร้างทฤษฎีเกี่ยวกับสภาวะยกเว้นของระบบกฎหมายปกติในนามของความมั่นคงแบบนี้ โดยศึกษาเยอรมันช่วงสงครามโลกครั้งที่สองที่รัฐนาซีประกาศใช้สภาวะยกเว้นหลายครั้งหลายคราวในระหว่างที่ครองอำนาจ

แม้แต่ละครั้งจะมีการยกเลิก แต่ก็ประกาศอีกจนสภาวะยกเว้นเกือบจะเป็นภาวะปกติ เขาเรียกสภาวะยกเว้นว่าเป็น “zone of anomie” หมายถึงภาวะผิดปกติที่ไร้ปทัสถานเพราะผู้ครองอำนาจสูงสุด (The Sovereign) คือกฎหมายในตัวเอง[124]

ในประเทศไทยก็มีสภาวะยกเว้นที่ให้อำนาจแก่กองทัพหรือคณะรัฐประหารยุติการใช้กฎหมายและกระบวนการตุลาการตามปกติได้ มีผลให้รัฐและกองทัพสามารถอยู่เหนือกฎหมายปกติ เหนือรัฐธรรมนูญ และเหนือตุลาการได้ภายใต้สภาวะยกเว้น กล่าวอย่างเป็นรูปธรรม “สภาวะยกเว้น” หมายถึง การปกครองด้วยภาวะฉุกเฉิน รัฐธรรมนูญชั่วคราว กฎอัยการศึก งดใช้กฎหมายปกติ ให้ใช้กฎหมายพิเศษสำหรับภาวะไม่ปกติ รัฐไม่ต้องรับผิดชอบต่อการกระทำที่ในภาวะปกติถือเป็นความผิด[125] ธานินทร์ กรัยวิเชียร นายกรัฐมนตรีของระบอบหลัง 6 ตุลา ให้เหตุผลของสภาวะยกเว้นของไทยได้ชัดเจนมาก (อาจจะก่อน Agamben เสียอีก) จึงขอนำมาลงไว้ที่นี้อย่างเต็มที่

---

[124] Agamben 2005

[125] Dressel 2018: 5

"ยามบ้านเมืองเกิดวิกฤตการณ์ขั้นร้ายแรงจนถึงขนาดที่กฎหมายไม่เป็นกฎหมาย รัฐบาลไม่สามารถควบคุมสถานการณ์บ้านเมืองให้อยู่ในความสงบได้จนกระทบกระเทือนต่อความมั่นคงของชาติ อาจเกิดได้จากหลายสาเหตุ เช่น การมุ่งหมายจะล้มล้างการปกครอง การก่อการจลาจลสร้างสถานการณ์ความวุ่นวาย เช่นนี้ จะแก้ปัญหาอย่างไร เราจะถือสิ่งใดมาก่อนกันระหว่างการยึดมั่นในหลักนิติธรรมอย่างเคร่งครัดกับความมั่นคงของชาติ บุคคลผู้ประสงค์ร้ายต่อประเทศชาติได้อ้างหลักสิทธิเสรีภาพมารับรองการกระทำต่างๆ ของตน พวกเขามุ่งมั่นใช้สิทธิเสรีภาพที่ตนมีในระบอบประชาธิปไตยและรัฐรับรองคุ้มครองให้...มาทำลายระบอบประชาธิปไตยเสียเอง ตลอดจนทำลายประเทศชาติในที่สุด การอ้างสิทธิต่อต้านโดยสันติวิธี ด้วยการรวมตัวกันเพื่อต่อต้านฝ่ายตรงข้ามกับตน อาศัยคนหมู่มากชุมนุมกันเรียกร้องให้ได้มาซึ่งสิ่งที่ตนต้องการโดยไม่คำนึงว่าสิ่งนั้นจะถูกต้องตามกฎหมายหรือเป็นสิ่งที่ถูกต้องชอบธรรมหรือไม่ เมื่อไม่ได้รับการตอบสนองตามที่ตนเรียกร้องก็สร้างกระแสและปลุกระดมประชาชนให้เกิดการจลาจลและความวุ่นวายในบ้านในเมือง หรืออ้างสิทธิเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นโจมตีผู้อื่น จนอาจถึงขั้นก้าวล่วงจ้วงจาบสถาบันเบื้องสูง

อันเป็นที่เคารพรักและศรัทธาอย่างสูงสุดของปวงชนชาวไทยอย่างรุนแรงและต่อเนื่อง อันเป็นการดึงสถาบันเบื้องสูงลงมาสู่การวิพากษ์วิจารณ์ทางการเมือง การกระทำเหล่านี้เป็นภัยต่อความมั่นคงของชาติและส่งผลเสียหายต่อประเทศอย่างใหญ่หลวง...เมื่อถึงยามนั้นแล้วเราคงต้องเลือกความมั่นคงของประเทศไว้อยู่เหนือสิ่งอื่นใด...

การเป็นปฏิปักษ์ต่อรัฐธรรมนูญคือ การเป็นปฏิปักษ์ต่อความมั่นคงของชาตินั่นเอง ในกรณีจำเป็นอย่างยิ่งเพื่อรักษาความมั่นคงของประเทศชาติและเพื่อความอยู่รอดของบ้านเมือง ก็สมควรให้มีข้อยกเว้นหลักนิติธรรมได้ ยอมให้ผู้ใช้อำนาจรัฐมีอำนาจที่จะเข้ามาจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานบางประการของประชาชนได้ โดยอาศัยกฎหมายบางฉบับ เช่น กฎอัยการศึก พระราชบัญญัติการรักษาความมั่นคงภายในราชอาณาจักร พระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน แต่การยกเว้นหลักนิติธรรมนี้จะต้องกระทำเพียงเท่าที่จำเป็นเพื่อรักษาความมั่นคงของชาติเท่านั้น และเมื่อเหตุการณ์ต่างๆ เริ่มคลี่คลายและกลับคืนสู่ความสงบแล้ว ข้อจำกัดยกเว้นสิทธิเสรีภาพของประชาชนก็ต้องค่อยๆ ผ่อนคลายลงเป็นลำดับกระทั่งยกเลิกไปในที่สุดและกลับ

มาใช้หลักนิติธรรมอย่างเต็มรูปแบบตามเดิมต่อไป”[126]

นับแต่ 2490 มีการรัฐประหารที่สำเร็จ 12–13 ครั้ง (แล้วแต่จะนับ) แต่ละครั้งฉีกทิ้งรัฐธรรมนูญ (ซึ่งธานินทร์ไม่นับว่าเป็นปฏิปักษ์ต่อรัฐธรรมนูญ) นำไปสู่ระบอบทหารที่ปกครองทั้งประเทศด้วยกฎอัยการศึกและกฎหมายความมั่นคงในรูปแบบต่างๆ หรือปกครองด้วยรัฐธรรมนูญชั่วคราวที่มักให้อำนาจรัฐบาลทหารอย่างมากเพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยจนกว่าจะมีรัฐธรรมนูญใหม่ บางครั้งรัฐบาลทหารปกครองด้วยอำนาจตามกฎหมายพิเศษต่อเนื่องกันหลายปี[127] ยังมีวิกฤตการณ์ทางการเมือง เช่น การรัฐประหารที่ไม่สำเร็จ ซึ่งทุกครั้งตามมาด้วยกฎอัยการศึกหรือประกาศภาวะฉุกเฉินระยะหนึ่ง เหล่านี้รวมกัน

---

[126] ข้อความนี้มาจาก ธานินทร์ 2552: 23–26 แต่อาจเป็นการพิมพ์ซ้ำหรืออาจเคยแสดงความเห็นแทบจะเหมือนกันนี้ไว้ต่อที่ประชุมสัมมนาผู้พิพากษาหัวหน้าศาลทั่วราชอาณาจักรเมื่อ 6 กันยายน 2520 ขณะที่ดำรงตำแหน่งนายกรัฐมนตรี ว่า “ในยามที่บ้านเมืองไม่ปกติ รัฐบาลก็จำเป็นต้องหรือเอาความมั่นคงของชาติเหนือสิ่งอื่นใด ถ้าบ้านเมืองไปไม่รอดเสียแล้ว หลักนิติธรรมนั้นเองก็ไม่อาจคงอยู่ต่อไปได้” (ดูใน วิชา 2553: 51 พิมพ์ครั้งแรก 2521)

[127] ได้แก่ 1) รัฐประหารสฤษดิ์ ธนะรัชต์ 20 ตุลาคม 2501 ปกครองจนถึงการเลือกตั้งครั้งแรก หลังจากนั้น 10 กุมภาพันธ์ 2512 รวม 3,766 วัน, 2) รัฐประหารถนอม กิตติขจร 17 พฤศจิกายน 2514 ถึงการเลือกตั้งครั้งแรกหลังจากนั้น 26 มกราคม 2518 รวม 1,166 วัน, 3) รัฐประหาร คสช. 22 พฤษภาคม 2557 ถึงการเลือกตั้งครั้งแรก หลังจากนั้น 24 มีนาคม 2562 รวม 1,767 วัน (คำนวณวันโดย Shinya Imaizumi นักวิจัยอาวุโส ณ Institute of Developing Economies (IDE–JETRO), ประเทศญี่ปุ่น)

นับได้ว่าระยะเวลาที่ประเทศไทยอยู่ภายใต้สภาวะยกเว้นของระบบกฎหมายปกติในนามของความมั่นคง เป็นสัดส่วนค่อนข้างสูงของเวลาทั้งหมด ในบางพื้นที่สภาวะยกเว้นอาจเป็นเวลาส่วนข้างมากเพราะการต่อสู้กับคอมมิวนิสต์ที่กินเวลาหลายทศวรรษและครอบคลุมพื้นที่จำนวนมากเกินกว่าหนึ่งในสามของประเทศ บางพื้นที่มีสถานการณ์พิเศษที่ต้องงดใช้กฎหมายปกติเป็นระยะๆ แต่ต่อเนื่องกันเป็นเวลานาน เช่น จังหวัดชายแดนใต้ ดังนั้น ระบบกฎหมายในสภาวะปกติที่มิใช่การปกครอง**ของ**กฎหมายอยู่แล้วในประเทศไทย กลับถูกระงับใช้ต้องอยู่ภายใต้กฎอัยการศึก กฎหมายความมั่นคง ภาวะฉุกเฉิน รัฐธรรมนูญชั่วคราว ศาลทหาร ฯลฯ สภาวะยกเว้นแทบเป็นปกติ ส่วนสภาวะที่อยู่ใต้กฎหมายปกติแทบจะเป็นข้อยกเว้น[128]

ตุลาการของไทยให้ความชอบธรรมแก่การรัฐประหารและอำนาจในสภาวะยกเว้นใน 2 ลักษณะคือ 1) คำวินิจฉัยที่

---

[128] Streckfuss 2011: 25, 32; จรัญ 2528: 60–75 ได้รวบรวมและลำดับกฎหมายที่ใช้อำนาจพิเศษทั้งหมด ได้แก่ 1) การตั้งศาลพิเศษเพื่อพิจารณาปรปักษ์ทางการเมือง 2) การบังคับใช้กฎหมายย้อนหลังต่อบุคคล 3) การลิดรอนสิทธิเสรีภาพจำเลยในการตั้งทนายต่อสู้คดีและ/หรือในการอุทธรณ์ฎีกา 4) การให้ฝ่ายบริหารมีอำนาจตุลาการหรือนิติบัญญัติควบไปด้วย เปิดช่องให้มีการใช้อำนาจผิดๆ 5) การให้อำนาจสูงสุดแก่นายกรัฐมนตรีในการลงโทษบุคคลโดยไม่ต้องผ่านการพิจารณาของศาล 6) กฎหมายที่ให้จำกัดสิทธิเสรีภาพด้านแรงงาน และดู ชุติมาภรณ์ 2556 ซึ่งศึกษาปัญหาของกฎหมายรักษาความมั่นคงภายในราชอาณาจักรโดยเฉพาะ

ถือว่าคณะรัฐประหารเป็นรัฏฐาธิปัตย์ และถือว่าหากทำสำเร็จโดยไม่มีการโต้แย้งกับประชาชนก็ถือว่าเป็นรัฏฐาธิปัตย์ จึงมีอำนาจสูงสุดในการตรากฎหมายได้ แม้ว่าการทำรัฐประหารจะเป็นการกระทำที่ผิดกฎหมายในขณะที่กระทำก็ตาม คำวินิจฉัยแบบนี้เริ่มมาตั้งแต่คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 45/2496 และเป็นบรรทัดฐานแก่คำพิพากษาต่อมาจนถึงครั้งล่าสุด[129] 2) ปฏิเสธที่จะตรวจสอบความชอบธรรมในเนื้อหาและบทบัญญัติของการใช้อำนาจของคณะรัฐประหาร เช่น การลงโทษผู้ชุมนุมหรือประท้วงคำสั่งต่างๆ ของคณะรัฐประหารหลังการรัฐประหาร ไม่ว่าจะเป็นการใช้อำนาจที่เกินไปหรือไม่ หรืออาจเป็นการคอร์รัปชันก็ตาม ศาลยังมักดูเพียงว่ารัฐธรรมนูญของคณะรัฐประหารได้นิรโทษกรรมการทำรัฐประหารหรือไม่ และมีพระบรมราชโองการของพระมหากษัตริย์รับรองฐานะของคณะรัฐประหารหรือไม่[130] ซึ่งเป็นเพียงการตรวจสอบว่าการ

---

[129] คำพิพากษาศาลฎีกา (22 มิถุนายน 2561) ไม่รับคำฟ้องของกลุ่มพลเมืองโต้กลับที่กล่าวหา คสช. ว่ามีความผิดฐานก่อการกบฏทำรัฐประหารเมื่อ 22 พฤษภาคม 2557 ตามบัญญัติในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 113 ศาลเห็นว่าในเมื่อคณะรัฐประหารได้ยึดอำนาจ "อย่างเบ็ดเสร็จ" แล้ว ไม่มีคณะรัฐมนตรี ไม่มีวุฒิสภา ไม่มีสถาบันนิติบัญญัติ มีแต่คณะรัฐประหารที่ใช้อำนาจรัฏฐาธิปัตย์ ดังนั้นรัฐธรรมนูญชั่วคราวของผู้ยึดอานาจจึงมีสถานะเป็นกฎหมาย

[130] นลินี 2561: 123, 129–130 ดู หน้า 125–128 สรุปคำพิพากษาที่ยอมรับอำนาจคณะรัฐประหารแต่ละครั้งทุกครั้ง

รัฐประหารประกอบ “พิธีกรรม” ครบถ้วนหรือไม่แค่นั้น

การใช้ศาลทหารในภาวะไม่ปกติจนกลายเป็นเรื่องปกติ เป็นการดำเนินการทางการเมืองที่ถูกฉาบหน้าด้วยกฎหมายและความยุติธรรม คือ ทำรูปลักษณ์ให้อยู่ในรูปของกระบวนการยุติธรรมแค่นั้นเอง[131] ศาลทหารเป็นส่วนหนึ่งของการควบคุมวินัยและการปกครองในกองทัพ ผู้บังคับบัญชาสามารถสั่งการในคดีต่างๆ ได้ จึงไม่ใช่ศาลยุติธรรมที่มีอิสระ เพราะผู้บังคับบัญชาสามารถสั่งการในคดีต่างๆ ได้[132] การใช้ศาลทหารในภาวะยกเว้นที่บ่อยและกินเวลาจนแทบเป็นปกติเท่ากับว่าประชาชนพลเรือนทั้งหลายเปรียบเสมือนเป็นทหารในกองทัพ[133]

การรัฐประหาร 2557 เป็นครั้งหนึ่งซึ่งใช้อำนาจในสภาวะยกเว้นค่อนข้างมากและรุนแรงเมื่อเทียบกับการรัฐประหารครั้งก่อนหน้านั้น ครั้งนี้มีบทบัญญัติให้อำนาจครอบจักรวาลให้ใช้อำนาจได้โดยไม่มีบทบัญญัติกฎหมายรองรับ หรือเป็น

---

[131] Ginsburg and Mustafa 2008

[132] นพพล 2561: 177–181

[133] ตรงนี้โปรดดูความเห็นของผู้เขียนก่อนหน้านี้ที่เสนอว่ากองทัพคือจารีตศักดินาแบบใหม่ นายพลคือมูลนายแบบใหม่ ราษฎรทั้งหมดเป็นเสมือนไพร่แบบใหม่ ในแง่นี้ประเทศไทยอาจเป็นตัวอย่างของการที่สภาวะยกเว้นเป็นตัวแบบสำหรับภาวะปกติตามคำอธิบายของ Agamben ได้ชัดกว่าสังคมตะวันตกเสียอีก

กฎหมายที่ผิดหลักกฎหมายอย่างวิปริต เช่น บังคับใช้ย้อนหลัง นิรโทษกรรมตัวเอง นิรโทษกรรมการกระทำในอนาคต และคำสั่งมาตรา 44 เป็นต้น หลายครั้งเป็นการดำเนินการเองโดยหน่วยงานด้านความมั่นคงต่างๆ ตามอำนาจครอบจักรวาลของกฎหมายความมั่นคง เช่น การเชิญบุคคลไปอบรมหรือควบคุมตัวไว้ การส่งทหารไปข่มขู่ถึงบ้าน การส่งทหารเข้าไปใช้อำนาจเพื่อทวงคืนผืนป่า เป็นต้น

"ความมั่นคง" ที่ลื่นไหล

Streckfuss ให้ข้อคิดน่าสนใจในเรื่องนี้ว่า อันที่จริง "ความมั่นคง" มีนิยามลื่นไหล ไม่ตายตัว คลุมเครือตามอำเภอใจของรัฐ สามารถขยายความกว้าง กินความไปถึงทุกแง่มุมในชีวิตประจำวัน ที่ไหนก็ได้เมื่อไหร่ก็ได้ ในขณะเดียวกันกลับไม่มีทางเข้าใจได้ชัด ความพยายามที่จะหานิยามของ "ความมั่นคงของชาติ" ที่ชัดเจนคงไม่ต่างกับการไขว่คว้าลม[134] ดังนั้นจึงอาจกล่าวได้ว่า "ความมั่นคงของชาติ" เป็น "literary" หรือ

[134] Streckfuss 2011: 6–7, หน้า 7, 32 และ 227 เรียก "ความมั่นคงของชาติ" ว่าเป็น indeterminate concept

เป็นบทประพันธ์นั่นเอง "ความมั่นคงของชาติ" เป็นวาทกรรมซึ่งผลิตขึ้นมาโดยหน่วยงานด้านความมั่นคงเองเพื่อให้อำนาจแก่ตัวเอง กฎหมายเกี่ยวกับความมั่นคงของชาติก็เป็นเสมือนวรรณกรรมที่ต้องตีความ การบังคับใช้กฎหมายเหล่านั้นก็เสมือนการตีความของนักอักษรศาสตร์ว่าอย่างไรคือความมั่นคงของชาติ อย่างไรคือข้อพิสูจน์ ตุลาการก็เป็นเสมือนนักตีความหรือเป็นบรรณาธิการที่ใช้อำนาจของเขาตัดสินว่าควรเขียนอย่างไรทำอย่างไร จึงจะถือว่าเหมาะสม ทั้งที่จริงเป็นการตัดสินตีความสิ่งที่ลื่นไหลคลุมเครือ[135]

Streckfuss ยังให้ตัวอย่างคดีที่พิสูจน์ความลื่นไหลไร้สาระของกฎหมายความมั่นคงได้อย่างวิเศษดังนี้ เมื่อปี 2496 นายแผน เรืองคำ ซื้อถุงเท้ามาคู่หนึ่ง เขาใส่แล้วเดินออกสู่ที่สาธารณะ หลังจากนั้นไม่นานเขาก็ถูกจับด้วยข้อหาดูหมิ่นธงชาติเพราะถุงเท้าของเขาปักเป็นรูปธงชาติเล็กๆ อยู่ด้วย ถือเป็นความผิดตามกฎหมายลักษณะอาญา มาตรา 118 (ซึ่งอยู่ในหมวดความผิดต่อความมั่นคงของรัฐภายในราชอาณาจักร) อัยการฟ้องว่านายแผนสมควรถูกลงโทษตามบทลงโทษสูงสุดคือจำคุกสามเดือนและปรับไม่เกิน 200 บาท และให้ยึดถุงเท้า

[135] Streckfuss 1998: 10–12

ด้วย (นายแผนยังโชคดีที่คดีเกิดก่อนการแก้ไขประมวลกฎหมายอาญาเมื่อปี 2502 ซึ่งเพิ่มโทษความผิดมาตรา 118 นี้ขึ้นไปอีก) นายแผนให้การสารภาพว่าใส่ถุงเท้านั้นจริง แต่เขาต่อสู้ว่าเขาไม่รู้เลยว่ามีรูปธงชาติปักอยู่บนถุงเท้านั้นและไม่มีเจตนาที่จะดูหมิ่นธงชาติ จึงไม่เข้าองค์ประกอบของมาตรา 118 ศาลชั้นต้นตีความกรณีนี้ว่าความผิดน่าจะเป็นของผู้ผลิตถุงเท้าซึ่งควรถูกลงโทษ แต่ผู้ใส่ไม่น่าจะมีความผิด จึงตัดสินปล่อยตัวนายแผนไปและให้คืนถุงเท้าที่ยึดไว้แก่เขาด้วย ศาลอุทธรณ์เห็นต่างจากศาลชั้นต้น คือเห็นว่านายแผนมีความผิดฐานดูหมิ่นธงชาติ และสั่งให้ยึดถุงเท้าด้วย ในที่สุดคดีถุงเท้าคู่เดียวอาจเป็นภัยต่อความมั่นคงของชาติก็ถึงศาลฎีกา ศาลฎีกาเจาะจงลงไปที่เจตนา จึงพิพากษาว่าผู้ผลิตมีความผิด แต่ผู้ใส่ไม่มีเจตนาสั่งให้ปล่อยนายแผนและให้คืนถุงเท้าแก่เขา[136]

ถ้าหากเราท่านรู้สึกว่าคดีนี้เพี้ยน ท่านคิดว่าใครเพี้ยน? นายแผน หรือผู้จับกุม หรืออัยการ หรือศาล (ชั้นไหน) หรือกฎหมาย? หรือทั้งหมดทุกอย่างทุกฝ่าย (ยกเว้นนายแผน)? nonsense ตรงไหน? อะไรทำให้เจ้าหน้าที่ต้องทำการจับกุมอัยการต้องฟ้อง ศาลต้องตัดสิน? นายแผนได้ถุงเท้าคืนไปเก็บไว้ที่บ้านอาจมีความผิดหรือไม่เพราะคราวนี้เขารู้แล้วว่าถุงเท้า

---

[136] Streckfuss 2011: 184–185 หรือ Streckfuss 1998: 372–373

นั้นปักรูปธงชาติอยู่? แต่หากเขาทำลายหรือทิ้งเป็นขยะไปเสีย จะถือว่าเขาทำลายและดูหมิ่นธงชาติหรือไม่? หรือเขาควรชักธงชาติขึ้นสู่ยอดเสาพร้อมกันทั้งสองข้างเสียเลย? ทั้งหมดนี้มาจากสาเหตุเดียวคือความเพี้ยนพิลึกพิลั่นของกฎหมายความมั่นคงของชาติทั้งหลายและของมโนทัศน์เรื่องความมั่นคงของชาติทั้งหมดด้วย หรือว่า "สภาวะยกเว้น" รวมถึงการงดใช้สามัญสำนึกด้วย? [137]

คดีถุงเท้าเตือนเราถึงกฎหมายความมั่นคงในสภาวะปกติเพราะมาตรา 118 อยู่ในประมวลกฎหมายอาญาปกติ

---

[137] ในช่วงทศวรรษ 1920 และ 1930 ที่จักรวรรดิญี่ปุ่นแผ่อำนาจทางทหารไปทั่วทั้งเอเชีย ในประเทศมีการปลุกระดมลัทธิชาตินิยมและลัทธิขุนศึก (militarism) ผ่านระบบการศึกษาขนานใหญ่รวมทั้งในมหาวิทยาลัยด้วย แทนที่นักศึกษาจะได้เรียนรู้ถึงการคิดอย่างมีเหตุมีผล พวกเขากลับเรียนรู้อย่างรวดเร็วและฉลาดเฉลียวที่จะต้อง "จำกัด" การคิดของพวกเขาไว้ มิให้เป็นเหตุเป็นผลจนเกินไป เพราะส่วนหนึ่งของบรรยากาศชาตินิยมและทหารนิยมในขณะนั้นคือลัทธิบูชาพระจักรพรรดิ (The Emperor cult) ซึ่งมีข้อห้ามมากมายและบทลงโทษรุนแรง ความกลัวที่แผ่ไปทั่วมหาวิทยาลัยเป็นอุปสรรคต่อการคิดอย่างเป็นเหตุเป็นผลและเป็นวิทยาศาสตร์ (Tsurumi 1970) สยามในช่วงเดียวกันก็กำลังส่งเสริมลัทธิชาตินิยมแบบที่รัฐต้องการ (official nationalism) เช่นกัน ในปี 1927 ที่ปรึกษากฎหมายในสยามเสนอให้เอา "กฎหมายรักษาความสงบเรียบร้อย 1925" (Peace and Order Preservation Law of 1925) ของญี่ปุ่นเป็นตัวแบบสำหรับกฎหมายต่อต้านภัยคุกคามความมั่นคงของราชอาณาจักรสยามเพราะมีจุดมุ่งหมายต้องการส่งเสริมและปกป้องพระมหากษัตริย์จากการวิพากษ์วิจารณ์ของสาธารณชนคล้ายๆ กัน (Streckfuss 1998: 18–23) ดูเหมือนว่าประเทศไทยปัจจุบันกำลังเดินตามรอยที่ญี่ปุ่นล้มเหลวและยกเลิกไปนานแล้วเพราะความหลงใหลคลั่งไคล้กษัตริย์ (hyper-royalism) จึงต้องอาศัยทั้งความกลัวและความไร้เหตุผลไร้สาระควบคู่กันไป ผลก็คือเกิดคดีวิปริตผิดเพี้ยนยิ่งกว่าคดีถุงเท้ามากมายในทศวรรษที่ผ่านมา

อภิสิทธิ์ของรัฐเพื่อรักษาความมั่นคงของชาติมิได้มีอยู่เพียงในสถานการณ์ยกเว้น แต่ดำรงอยู่ในสถานการณ์ปกติด้วย กล่าวคืออยู่ในส่วนที่หนึ่งของภาคที่สองของกฎหมายอาญาตั้งแต่ ร.ศ. 127 จนถึงปัจจุบัน กฎหมายส่วนนั้นอยู่อย่างถาวรโดยไม่มีการแก้ไขปรับเปลี่ยนในสาระสำคัญ เหตุผลที่ต้องดำรงอยู่ถาวรตลอดเวลาก็เพราะ (เชื่อว่า) ประเทศและสถาบันพระมหากษัตริย์มีโอกาสตกอยู่ใต้การคุกคามได้ตลอดเวลาดังที่ประวัติศาสตร์ของชาติไทยสอนไว้[138] คำไม่กี่คำในข้อความที่ส่งทางโทรศัพท์ (texting) หรือกด like ไม่กี่ครั้งก็ถือว่าเป็นภัยต่อความมั่นคงของชาติและสถาบันพระมหากษัตริย์ได้

มาตรา 112 เป็นตัวอย่างสำคัญที่ชี้ให้เห็นว่า กฎหมายอาญาลักษณะความผิดเกี่ยวกับความมั่นคงแห่งราชอาณาจักรเป็นกฎหมายใน "สภาวะยกเว้นอย่างถาวร" ที่อยู่ในกฎหมายปกติ (ทำนองเดียวกับปริมณฑลยกเว้นในระบบกฎหมายของสิงคโปร์) หมายความว่าไม่ใช่สภาวะยกเว้นเป็นการชั่วคราว

---

[138] ผู้เขียนเคยเขียนไว้นานแล้วถึงความจำเป็นที่ประเทศชาติต้องมี "ศัตรู" แต่ไม่ใช่ศัตรูที่มีตัวตนคุกคามต่อชีวิตและทรัพย์สินของคนในชาติ หากเป็นศัตรูที่ดำรงอยู่ในความเชื่อของเราหรือเป็น "enemy function" ในความรู้ประวัติศาสตร์ เพราะศัตรูแบบนี้ช่วยให้ประเทศชาติมีเจตจำนงและเป็นเหตุผลให้ต้องมีหน่วยงานด้านความมั่นคง ด้วยเหตุนี้หน่วยงานความมั่นคงจึงขยันขันแข็งในการผลิตศัตรูให้ดำรงอยู่ตลอดเวลา รัฐก็ต้องการศัตรูเพราะศัตรูเป็นเหตุผลที่รัฐใช้อ้างเพื่อการควบคุมประชาชนและการกล่อมเกลาทางความคิด (ดู Thongchai 1994: 166–169)

แต่เป็นการยกเว้นในแง่ที่ว่าแตกต่างจากหมวดอื่นๆ ในระบบกฎหมายปกติ เพราะให้อภิสิทธิ์แก่รัฐละเมิดสิทธิของบุคคลได้ในภาวะปกติ เช่น พรากสิทธิการประกันตัวของผู้ต้องหา ให้ถือว่าผู้ต้องหามีความผิดไว้ก่อนจนกว่าจะได้รับการพิสูจน์ว่าบริสุทธิ์ ยอมให้มีการพิจารณาคดีเป็นความลับ ที่สำคัญคือใครก็ได้สามารถแจ้งฟ้องร้องให้เจ้าหน้าที่ทราบ คุณสมบัติแบบโบราณเหล่านี้ไม่ใช้อีกต่อไปแล้วในกฎหมายปกติหมวดอื่นๆ การใช้มาตรา 112 ในระยะที่ผ่านมา ยังแสดงถึงความจำเป็นที่จะต้องงดเว้นการใช้สมองอย่างเป็นเหตุเป็นผลตามปกติด้วย แล้วพยายามปลูกฝังเหตุผลแปลกประหลาด ควบคู่กับการแผ่รัศมีความกลัวเพื่อจำกัดและกำจัดการคิดอย่างเป็นเหตุเป็นผล[139]

ยังมีสภาวะยกเว้นอีกกรณีหนึ่งซึ่งมีลักษณะเฉพาะของตัวเอง กล่าวคือเป็นสภาวะยกเว้นซึ่งไม่ควรดำรงอยู่ถาวรแต่กลับดำรงอยู่ต่อมาเป็นเวลาหลายทศวรรษแล้ว ได้แก่กรณีจังหวัดมุสลิมทางใต้ หรือในอดีตที่คล้ายกันได้แก่สภาวะยกเว้นในจังหวัดและเวลาที่มีคอมมิวนิสต์แทรกซึม ผู้เขียนไม่มีความรู้ไม่มีประเด็นเหล่านี้พอที่จะอภิปรายใดๆ หวังว่าประเด็นอื่นๆ ที่

---

[139] อย่างไรก็ตามผู้เขียนจะไม่อภิปรายปัญหาประเด็นนี้มากไปกว่านี้ เหตุผลก็คือมีหลายคนได้กล่าวถึงปัญหานี้ไว้มากแล้วและศึกษาดีกว่าที่ผู้เขียนจะทำได้ จึงขอเสนอเพียงประเด็นที่คิดว่าคนอื่นยังไม่ได้เสนอมาก่อนเท่านั้น

ผู้เขียนได้เสนอในที่นี้คงจะเป็นประโยชน์ชวนให้ผู้รู้ผู้เชี่ยวชาญในกรณีเหล่านั้นได้ขบคิดมากขึ้น

ความต่างระหว่างอภิสิทธิ์ของรัฐไทยกับที่อื่น

กฎหมายที่ให้อภิสิทธิ์แก่รัฐของไทยต่างกับของสิงคโปร์หรือญี่ปุ่นตรงไหน

1) ปริมณฑลอภิสิทธิ์ของรัฐไทยใหญ่โตกว่ามาก ญี่ปุ่นจำกัดอยู่ที่การดำเนินนโยบายทางเศรษฐกิจเป็นกรณีๆ เท่านั้น ไม่มีกรณีทางอาญา ในสิงคโปร์ แม้ว่าความมั่นคงของชาติฟังดูคล้ายของไทย แต่สิ่งที่รัฐกังวลถูกกำหนดไว้ชัดเจนว่าหมายถึงเรื่องอะไรบ้าง แม้ความหมายและขอบเขตอาจไม่ชัดเจนตายตัวก็ตาม ส่วน “ความมั่นคงของชาติ” ของไทยกินความกว้างขวางมาก เกี่ยวข้องกับทุกแง่ทุกมุมของชีวิตจนอะไรๆ ก็ทำให้กลายเป็นเรื่องของความมั่นคงได้ทั้งนั้นหากรัฐและกองทัพต้องการแผ่อำนาจไปให้ถึง รวมถึงกิจการมากมายที่ควรเป็นเรื่องของพลเรือน[140]

---

[140] ตัวอย่างรูปธรรมคือเครือข่ายที่กองทัพสร้างโดยผ่านวิทยาลัยป้องกันราชอาณาจักร (วปอ.) ซึ่งสะท้อนออกมาในหัวข้อวิทยานิพนธ์ วปอ. เราจะเห็นชัดว่าอะไรๆ ก็เป็นเรื่องความมั่นคงไปหมดซึ่งทั้งน่าตกใจและน่าขบขันในความพิลึกพิลั่น (absurd)

2) อภิสิทธิ์ของรัฐในญี่ปุ่นและสิงคโปร์จึงแน่นอนกว่าและคาดการณ์ได้ง่ายกว่า หมายความว่า ประชาชนอาจจะไม่พอใจกฎหมายความมั่นคงของสิงคโปร์ แต่เขาพอรู้ว่าเขตห้ามละเมิดอยู่ตรงไหนและห้ามทำอะไรบ้าง แต่ในกรณีประเทศไทย กลับไม่แน่นอนว่าอย่างไรละเมิด ห้ามทำอะไรบ้าง เพราะแทบจะเป็นไปตามอำเภอใจของผู้มีอำนาจของรัฐในขณะหนึ่งๆ ความไม่แน่นอนเป็นปัจจัยสำคัญในการแผ่ความกลัว กฎหมายไม่ดียังไม่เลวเท่ากฎหมายไม่ดีที่ประชาชนไม่มีทางคาดการณ์ได้ แต่รัฐไทยอาจรู้ดีว่าความไม่แน่นอนให้คาดการณ์ไม่ได้เป็นอาวุธที่มีประสิทธิภาพในการคงความกลัวและคงอภิสิทธิ์ของรัฐ

3) ทั้งในญี่ปุ่นและสิงคโปร์ ปัจเจกบุคคลไม่ว่าจะยิ่งใหญ่แค่ไหน ก็ล้วนอยู่ใต้กฎหมายเหมือนๆ กัน หมายความว่าอภิสิทธิ์ที่รัฐมีเป็นอภิสิทธิ์ในเชิงสถาบัน อภิสิทธิ์นั้นไม่เผื่อแผ่ถึงตัวบุคคลที่ครองตำแหน่ง หากเขาเอาอภิสิทธิ์นั้นเพื่อประโยชน์ส่วนบุคคลย่อมถือเป็นความผิดร้ายแรง แต่อภิสิทธิ์ของรัฐในกรณีของไทยเผื่อแผ่ถึงบุคคลที่ครองตำแหน่ง ถึงวงศ์ตระกูล ถึงเพื่อนฝูงพวกพ้องก็มี การคอร์รัปชันอย่างร้ายแรงจึงมักควบคู่ไปกับการใช้อำนาจฉ้อฉลในทางราชการ

4) อภิสิทธิ์ของรัฐที่เผื่อแผ่ถึงบุคคลที่ครองตำแหน่งทรงอำนาจ เพราะเกรงว่าความผิดของคนจะเสียหายถึงสถาบันแห่งรัฐ จึงต้องปกป้องตัวบุคคลนั้นให้พ้นความผิด (เช่น กรณีนาฬิกา) รวมถึงการปกป้องบุคคลที่กระทำการในนามของรัฐหรือทำเพื่อวัตถุประสงค์ของรัฐด้วย (เช่น เจ้าหน้าที่ที่บุกเข้าไปทวงคืนพื้นป่าแล้วทำร้ายชาวบ้าน) คำสั่งและการตัดสินใจผิดๆ ของเจ้าหน้าที่รัฐมักได้รับความคุ้มครองปกป้องเต็มที่ถึงขนาดปลอดพ้นจากความผิด (impunity) เพราะรัฐเกรงจะเสียความชอบธรรม เกรงว่าอภิสิทธิ์ในการใช้อำนาจของรัฐจะถูกตำหนิและถูกจำกัด อภิสิทธิ์ปลอดพ้นความผิดเป็นสิ่งน่ารังเกียจสุดๆ ในประเทศส่วนใหญ่ในโลกรวมทั้งสิงคโปร์และญี่ปุ่น แต่ในประเทศไทยผู้ทรงอำนาจได้รับอภิสิทธิ์ชนิดนี้เป็นประจำด้วยวิธีการต่างๆ

อภิสิทธิ์ปลอดพ้นความผิด (Impunity) [141]

impunity หมายถึง อภิสิทธิ์ทางกฎหมายที่ทำผิดแต่ไม่ต้องรับโทษ นี่เป็นอภิสิทธิ์สูงสุดภายใต้นิติรัฐอภิสิทธิ์ ในประเทศไทยอภิสิทธิ์ชนิดนี้มีทั้งในเชิงสถาบันที่รัฐให้กับการกระทำของรัฐเองและเผื่อแผ่ไปถึงบุคคลบางคนบางกลุ่มบางพวก ทำให้บุคคลเหล่านั้นปลอดจากความผิดเช่นกัน ตัวอย่างของอภิสิทธิ์เชิงสถาบันได้แก่ การนิรโทษกรรมตัวเองของคณะรัฐประหารทั้งหลาย ส่วนอภิสิทธิ์ที่มอบให้กับบุคคลมักจะเกิดในกรณีที่ผู้อยู่ในเครือข่ายของผู้มีอำนาจไปกระทำความผิด แต่ผู้มีอำนาจรัฐเกรงว่าความเสียหายจะเกิดขึ้นต่อสถาบันแห่งรัฐจึงต้องปกป้องตัวบุคคลเหล่านั้นให้พ้นความผิดไปด้วย Tyrell Haberkorn ได้ศึกษาประวัติศาสตร์ของอภิสิทธิ์ปลอดพ้นความผิดในประเทศไทยไว้แล้วว่าเกิดขึ้นควบคู่กับการใช้อำนาจฉ้อฉล การจับกุมคุมขังโดยมิชอบ และการละเมิดสิทธิมนุษยชนครั้งใหญ่ๆ อย่างไร อย่างน้อยตั้งแต่ยุคเผด็จการสฤษดิ์เป็นต้นมา

[141] ในภาษาไทยมักแปลคำนี้ว่า “วัฒนธรรมลอยนวลพ้นผิด” ผู้เขียนเห็นด้วยกับคำว่า พ้นผิด หรือ ลอยนวลพ้นผิด แต่ไม่เข้าใจว่าทำไมจึงต้องเรียกว่า “วัฒนธรรม” เสมอ คำแปลของผู้เขียนในที่นี้ต้องการเน้นชัดๆ ว่า impunity คืออภิสิทธิ์ทางกฎหมายที่ทำผิดแต่ไม่ต้องรับโทษ ส่วนจะเป็น “วัฒนธรรม” หรือไม่ย่อมแล้วแต่ว่าเรากำลังพูดถึงอะไรอยู่ เช่น “คสช. ได้รับ/มี impunity” หมายถึง คสช. มีอภิสิทธิ์ที่ทำผิดแต่ไม่ต้องรับโทษ ไม่ใช่ คสช. มีวัฒนธรรมลอยนวลพ้นผิด

การใช้กฎหมายเพื่อให้อภิสิทธิ์ชนิดนี้แก่ตนเองอย่างน่ารังเกียจที่สุดคือการออกกฎหมาย (เถื่อน) นิรโทษกรรมให้ตัวเองหลังการรัฐประหาร[142]

การใช้อภิสิทธิ์ชนิดนี้ในทางกฎหมายมีทั้งแบบแอบแฝงและแบบโจ๋งครึ่ม แบบแอบแฝงมักเป็นการใช้เส้นสาย เล่นพรรคพวก หรือมี "นโยบาย" จากผู้มีอำนาจและผู้ยิ่งใหญ่ทั้งหลายอย่างเงียบๆ เพื่อบิดเบือนกระบวนการยุติธรรม ณ จุดต่างๆ เพื่อปกป้องเจ้าหน้าที่ของรัฐหรือผู้มีอำนาจ จนกระบวนการยุติธรรมตามปกติกลับผิดปกติ เช่น กรณีเจ้าหน้าที่รังแกชาวบ้าน หรือกรณีผู้ที่ตรวจสอบอำนาจรัฐสูญหายหรือเสียชีวิต ส่วนแบบโจ๋งครึ่ม นอกจากการออกกฎหมายนิรโทษกรรมตัวเองแล้ว ตัวอย่างอื่นได้แก่ การทำให้คดีสูญหายไปเฉยๆ เช่น กรณีฆ่าแขวนคอนักกิจกรรมสองคนก่อน 6 ตุลา การนิรโทษ-กรรมผู้กระทำผิดในกรณี 6 ตุลาทั้งหมดที่เป็นการทำให้ความผิดของเจ้าหน้าที่หายไปเฉยๆ กรณีสอบสวนการกระทำผิดของรัฐในเหตุการณ์พฤษภา 2535 แต่รายงานกลับเต็มไปด้วยการปิดบังข้อมูลอย่างโจ่งแจ้ง การหาแพะรับบาปแทนการลงโทษผู้มีอำนาจหรือผู้ยิ่งใหญ่ของรัฐ การทำให้ชีวิต 92 รายเป็นเรื่อง

[142] Haberkorn 2018

ไม่ต้องสอบสวนไม่ต้องหาผู้กระทำผิด ทั้งที่ใช้กระสุนจริงนับแสนนัดในปฏิบัติการครั้งนั้น และการบิดเบือนกระบวนการยุติธรรมอย่างไม่แคร์สาธารณชนที่จับตาอยู่ ซึ่งเราพบมากมายเหลือเกินในยุค คสช. เหล่านี้เป็นต้น

อภิสิทธิ์ปลอดความผิดที่อัปลักษณ์ที่สุดคือกฎหมายนิรโทษกรรมตัวเองหลังการรัฐประหาร เพราะเป็นอภิสิทธิ์ของโจรและฆาตกรที่รับรองโดยตุลาการ ถือเป็นการสมรู้ร่วมทำความผิดระดับสูงสุดที่พึงเกิดได้ในรัฐหนึ่งๆ

รัฐไทยในระยะเกือบ 100 ปีที่ผ่านมาไม่สามารถหลุดพ้นจากวังวนการใช้ความรุนแรงต่อประชาชนและทำลายสถาบันประชาธิปไตย จนเรามักเรียกกันว่าวงจรอุบาทว์ เพราะเหตุการณ์และความขัดแย้งสำคัญๆ มักจบลงด้วยการให้อภิสิทธิ์แก่ผู้มีอำนาจและผู้ยิ่งใหญ่ในแผ่นดินพ้นจากการสอบสวนเอาผิด ไม่ว่าด้วยเหตุผลเพื่อความสมานฉันท์หรืออื่นใดก็ตาม แต่เหตุผลแท้จริงคือการค้ำจุนผู้มีอำนาจและสถาบันสำคัญต่างๆ ไว้ เหตุการณ์เหล่านั้นมีทั้งการรัฐประหาร การสังหารประชาชนครั้งใหญ่ และกรณีความรุนแรงที่ผู้มีอำนาจหรือผู้ยิ่งใหญ่อาจถูกกล่าวหาว่าเป็นผู้กระทำผิด เหตุการณ์ประเภทนั้นไม่ใช่เพิ่งเกิดเมื่อปี 2500 แต่เกิดมาก่อน

หน้านั้นด้วย เช่นในปี 2489 ก่อนการรัฐประหาร 2490 ซึ่งเป็นจุดเริ่มต้นของวงจรอุบาทว์เสียอีก

เราน่าจะเข้าใจถึงผลสะเทือนของอภิสิทธิ์ปลอดพ้นความผิดได้ง่ายขึ้นด้วยการลองคิดดูว่า ถ้าหากการกระทำผิดครั้งใหญ่ดังที่กล่าวมาเพียงไม่กี่ครั้ง เช่นการรัฐประหารครั้งใดครั้งหนึ่ง การสังหารประชาชนครั้งใหญ่สักครั้ง การหายไปของคุณทนง โพธิอ่าน หรือคุณสมชาย นีละไพจิตร หรือเหตุการณ์ในปี 2489 ลองคิดดูว่า ถ้าหากมีการพิจารณากรณีนั้นๆ อย่างยุติธรรมและมีการตัดสินออกมาตามกฎหมายอย่างเคร่งครัด เพื่อวางเป็นบรรทัดฐานว่าการกระทำของรัฐหรือบุคคลไม่ว่าจะสำคัญสุดๆ ขนาดไหนก็ตามล้วนอยู่ใต้กฎหมายเดียวกันทั้งนั้น ไม่มีใครในแผ่นดินนี้พึงได้รับอภิสิทธิ์ปลอดพ้นความผิดเลยแม้แต่คนเดียว ลองคิดดูว่าหากเกิดบรรทัดฐานเช่นนี้ตั้งแต่ต้น เช่น ตั้งแต่เหตุการณ์ในปี 2489 จะมีใครหน้าไหนได้อภิสิทธิ์ปลอดพ้นจากความผิดอีก การใช้กฎหมายอย่างฉ้อฉล ให้อภิสิทธิ์แก่ผู้มีอำนาจรัฐ การรังแกทำร้ายประชาชนคงจะเกิดยากขึ้นมาก วงจรอุบาทว์อาจจะไม่เกิดก็เป็นได้ เพราะกฎหมายบังคับใช้กับทุกคนอย่างเท่าเทียมกัน ไม่มีใครใหญ่ไปกว่ากฎหมาย

น่าเสียดายที่ความเป็นจริงในประวัติศาสตร์มิใช่เช่นนั้น ระบอบการเมืองสมัยใหม่ของไทยกลัดกระดุมผิดตั้งแต่เม็ดแรกและส่งผลให้ระบบกฎหมายทั้งหมดออกนอกลู่นอกทางนับแต่นั้นมา ในเมื่อให้อภิสิทธิ์ทางกฎหมายแก่บางคนได้ด้วยเหตุผลบางอย่าง ก็ย่อมให้อภิสิทธิ์แบบเดียวกันแก่ผู้มีอำนาจอื่นๆ และเจ้าหน้าที่ของรัฐในลำดับชั้นต่างๆ ได้ด้วยเหตุผลอีกหลายอย่าง ความเป็นจริงก็คือแทนที่จะแก้ไขแต่เนิ่นๆ กลับไปใช้กฎหมายอย่างเคร่งครัด ไม่ให้อภิสิทธิ์แก่ใครอีก สิ่งที่เกิดขึ้นกลับตรงข้าม มีการให้อภิสิทธิ์นี้ครั้งแล้วครั้งเล่าแก่เครือข่ายคนมีอำนาจอย่างกว้างขวาง ทำแล้วทำอีกจนการให้อภิสิทธิ์ปลอดความผิดกลายเป็นเรื่องปกติ กลายเป็นสถาบันอย่างหนึ่งหรือเป็นวัฒนธรรมในการเมืองและกฎหมายไทย[143]

ประเทศไทยไม่ใช่นิติรัฐแบบบรรทัดฐานแน่ๆ เพราะระบบกฎหมายมิได้จำกัดอำนาจรัฐเพื่อปกป้องสิทธิเสรีภาพของประชาชนหรือทรัพย์สินเอกชนมิให้ถูกรัฐละเมิด แต่กลับให้อภิสิทธิ์แก่รัฐและรองรับการใช้อภิสิทธิ์ที่ละเมิดสิทธิเสรีภาพและทรัพย์สินของเอกชน และให้อภิสิทธิ์ปลอดความผิดที่นิติรัฐ

---

[143] ผู้เขียนเชื่อว่าเราสามารถเขียนประวัติศาสตร์ไทยได้อย่างตรงข้ามกับประวัติศาสตร์แบบฉบับ ด้วยการนำเอากรณีต่างๆ ที่ให้อภิสิทธิ์ปลอดพ้นความผิดแก่ผู้มีอำนาจยิ่งใหญ่ทั้งหลายมาเป็นเค้าโครงประวัติศาสตร์ เราน่าจะได้ประวัติศาสตร์การเมืองไทยสมัยใหม่ที่ต่างออกไปอีกสำนวนอย่างแน่นอน

แบบบรรทัดฐานรังเกียจที่สุด รัฐจึงเคยตัวราวกับประชาชนเป็นทหารใต้บังคับบัญชาที่จะสั่งซ้ายหันขวาหันก็ได้ แม้แต่ในกรณีเจตนาดี วิธีการที่รัฐใช้ ได้แก่ 1) ควบคุมข่าวสาร เซ็นเซอร์หนังสือ สื่อ ภาพยนตร์ ราวกับประชาชนไม่มีสมอง และ 2) ออกคำสั่งให้ทำหรือไม่ให้ทำตามที่ตนต้องการ อภิสิทธิ์เคยตัวเช่นนี้ดำรงอยู่ได้เพราะกฎหมายไม่จำกัดอำนาจและการใช้อำนาจอย่างเคยตัวเช่นนี้

ราชนิติธรรม หรือหลักนิติธรรมแบบไทย

ดังที่นำเสนอในตอนต้นของบทความนี้ คงยังจำกันได้ว่าการปกครอง**ของ**กฎหมายแบบบรรทัดฐาน (The normative rule of law) หมายความว่าอย่างไร หลักการทางนิติศาสตร์ในเรื่องนี้มากับประวัติศาสตร์อังกฤษหลายศตวรรษ บวกกับประชาธิปไตยเสรีนิยมและทุนนิยมเสรีของยุโรป การรับแนวคิดนี้เข้ามาและพัฒนาในเงื่อนไขบริบทที่ต่างออกไปอาจให้ผลลัพธ์ต่างออกไปมาก[144]

[144] ตัวอย่างเช่น Cheesman 2016 ศึกษากรณีที่อังกฤษพยายามนำแนวคิด The Rule of

The Rule of Law เริ่มเป็นที่กล่าวถึงกันในวงการนิติศาสตร์ไทยประมาณหลังสงครามโลกครั้งที่สองซึ่งเป็นช่วงที่ความหมายของแนวคิดนี้กับแนวคิดนิติรัฐในโลกตะวันตกเริ่มประสานลงตัวปะปนกัน มีความพยายามหาคำแปลในภาษาไทยและให้นิยามความหมายตั้งแต่ก่อนปี 2500[145] ไม่กี่ทศวรรษที่ผ่านมาคำแปลของคำนี้ก็ลงตัวว่า "หลักนิติธรรม"[146] อย่างไรก็ตาม ธานินทร์ กรัยวิเชียร เสนอว่าต้องสร้างความหมายของหลักนิติธรรมแบบไทยขึ้นมาเองให้เหมาะสมกับสภาพสังคมและวัฒนธรรมความเป็นอยู่ของคนไทย เพราะการรับเอาแนวคิดต่างประเทศเข้ามาโดยไม่มีการเชื่อมโยงปรับให้เข้ากับรากเหง้าและความเป็นจริงของสังคมไทยอาจทำให้กลายเป็นแค่อุดมการณ์ที่จับต้องไม่ได้เท่านั้น[147]

เราจะได้เห็นต่อไปว่าธานินทร์และนักนิติศาสตร์หลายคนช่วยกันทำจนสำเร็จในที่สุด แต่ผลลัพธ์คือ "หลักนิติธรรม"

Law ไปใช้ในพม่ายุคอาณานิคม

[145] เสนาะ เอกพจน์ 2504: 983–984 ปี 2498 เริ่มมีการแปลว่า "หลักธรรม" หลังจากนั้นมีคำอื่นๆ อีกมาก เช่น นิติปรัชญา นิติธรรมวินัย นิติสดมภ์ หลักธรรมแห่งกฎหมาย ฯลฯ ธานินทร์ กรัยวิเชียร เสนอ "หลักความศักดิ์สิทธิ์ของกฎหมาย" พร้อมนิยามว่า "หลักแห่งกฎหมายที่เทิดทูนศักดิ์ศรีแห่งความเป็นมนุษย์และยอมรับนับถือสิทธิแห่งมนุษยชนทุกแง่มุม" (ธานินทร์ 2552: 23)

[146] ชัยอนันต์และสุวดี 2522: 106 ระบุว่า คำว่า "นิติธรรม" ปรากฏในสมัยรัชกาลที่ 5

[147] ธานินทร์ 2522: 17,19–21

ที่มีความหมายต่างกับ The Rule of Law แบบบรรทัดฐานอย่างมากถึงกับตรงข้ามกันก็มี เพราะรับมรดกกฎหมายจากสมบูรณาญาสิทธิราชย์แล้วพัฒนาต่อมาในบริบทของการเมืองและสังคมไทยในช่วงประมาณ 50–60 ปีที่ผ่านมาภายใต้ระบอบเผด็จการทหารและการฟื้นฟูกษัตริย์นิยม จุดเริ่มต้นของหลักนิติธรรมแบบไทยคือการต่อสู้ระหว่างสำนักธรรมนิยมกับสำนักกฎหมายบ้านเมือง (Legal Positivism แบบที่เข้าใจกันในวงการนิติศาสตร์ไทย)

ปรีดี เกษมทรัพย์ มีบทบาทสำคัญในการโต้แย้งกับสำนักกฎหมายบ้านเมือง เพราะเห็นว่าสำนักกฎหมายบ้านเมืองแยกกฎหมายออกจากความยุติธรรม ธรรมะและศีลธรรม และให้ถือว่ากฎหมายในตัวมันเองคือความยุติธรรม ไม่มีความยุติธรรมนอกเหนือไปจากตัวบทกฎหมาย ปรีดีเสนอว่ากฎหมายจะต้องผูกพันกับความยุติธรรม กฎหมายโบราณในโลกตะวันออกรวมทั้งของไทยด้วยก็ไม่แยกธรรมะและศาสนาออกจากกฎหมาย ซึ่งคล้ายกับแนวคิดกฎหมายธรรมชาติ (Natural Law) ของตะวันตกมากกว่า[148] แหล่งที่มาของความ

---

148 จิตติ 2529: 66–86 บรรยายว่าความขัดแย้งระหว่างความยุติธรรมตามตัวบทกฎหมายกับความยุติธรรมที่อิงกับแหล่งธรรมและประเพณี ไม่ใช่เฉพาะในกรณีของไทย แต่เป็นความต่างที่มีในแทบทุกระบบกฎหมายของนานาประเทศ แต่ละประเทศจัดการกับความแตกต่างและขัดแย้งระหว่างสองแนวคิดนี้ไปต่างๆ กัน

ยุติธรรมโดยมากก็มาจากขนบธรรมเนียมประเพณีและมาจากศาสนา ปรีดีเรียกแนวคิดของเขาว่า “ธรรมนิยม”[149]

ประเด็นสำคัญที่สะท้อนความต่างของสำนักธรรมนิยมกับสำนักกฎหมายบ้านเมืองคือความยุติธรรม[150] นักนิติศาสตร์เห็นไม่ต่างกันว่าความหมายของความยุติธรรมนั้นไม่ตายตัวแน่นอน ขึ้นอยู่กับแนวความคิด หลักการ ปรัชญาไปจนถึงขึ้นอยู่กับกรณีและบริบท หลายความหมายมีนัยยะทางอุดมการณ์การเมืองอยู่ด้วย บ้างชัดแจ้งบ้างแอบแฝง ธรรมนิยมเห็นว่า

---

[149] ปรีดี 2560: 332–333; Pridi 1986: 275–276; กิตติศักดิ์เห็นว่าความคิดตรงข้ามกับลัทธิอำนาจนิยมแบบนี้มีมาในวัฒนธรรมไทยแต่เดิม ฝังรากลึกอยู่ในประวัติศาสตร์และมีสายใยโยงมาถึงปัจจุบัน แต่เพิ่งเติบโตขึ้นใหม่ในทศวรรษหลังๆ ที่ผ่านมาหลังจากถูกละเลยไปนาน (2556: 150) นักนิติศาสตร์สำนักธรรมศาสตร์และผลผลิตของสำนักนี้ในวิชาชีพกฎหมายรู้จักข้อวิจารณ์สำนักกฎหมายบ้านเมืองโดยธรรมนิยมเป็นอย่างดีเพราะมีผู้สมาทานและช่วยเผยแพร่ด้วยหลายคน (เช่น สมยศ 2548) ปรีดียังเสนอทฤษฎีของเขาเพื่อต่อสู้กับสำนักกฎหมายบ้านเมืองเรียกว่า “ทฤษฎีกฎหมายสามชั้น” (ปรีดี 2560 บทที่ 11; แสวง 2545: 24–29; สมยศ 2548 มีบทความอธิบายทฤษฎีนี้โดยเฉพาะ) ใจความสำคัญของทฤษฎีนี้เสนอว่า นอกจากกฎหมายจะหมายถึงตัวบทตามตัวอักษรแล้ว ยังต้องกำกับด้วยจารีตประเพณีซึ่งอาจไม่มีตัวบทปรากฏอยู่ กฎหมายต้องไม่บัญญัติตามอำเภอใจ แต่ต้องแนบแน่นกับศีลธรรมซึ่งเป็นหลักของความยุติธรรม ทฤษฎีนี้น่าจะมีความเกี่ยวพันกับทฤษฎี “Three-level Structure of Law” ที่เสนอโดย Masaji Chiba นักนิติศาสตร์ชาวญี่ปุ่นเพราะคล้ายคลึงกันมากทั้งสาระและชื่อของทฤษฎี (ดู Chiba 1986: Introduction and Chapter 7) ก่อนหน้านั้น Chiba เคยเสนอทฤษฎีของเขาในหนังสือ *Law and the Future of Society*, ed. F. C. Hutley. Eugene Kamenka, et.al., 1979, pp. 293–301 โดยระบุว่าเป็นการวิจัยร่วมกับหลายคนรวมทั้งปรีดี เกษมทรัพย์ด้วย ความเกี่ยวพันจะเป็นอย่างไร อยู่นอกเหนือการค้นคว้าครั้งนี้

[150] Mérieau 2018: 298

ความยุติธรรมเป็นที่รู้จักดีในจารีตประเพณี แต่สำนักกฎหมายบ้านเมืองปฏิเสธความยุติธรรมประเภทนี้[151] ตรงนี้เองที่สำนักธรรมนิยมหันเข้าหาพุทธศาสนาและสถาบันพระมหากษัตริย์มาเป็นองค์ประกอบของนิติธรรมแบบไทย เพื่อให้ความหมายของความยุติธรรมแบบไทย และเพื่อทำให้ "ธรรมราชา" เป็นหลักของกฎหมายและความยุติธรรมเหนือรัฐธรรมนูญ[152] "พุทธ + กษัตริย์" จึงเป็นแหล่งจารีตและขนบธรรมเนียมประเพณีของหลักนิติธรรมไทย

ความยุติธรรมแบบพุทธหมายถึงอะไร? มีลักษณะอย่างไร? ตัวอย่างหนึ่งที่มักอ้างอิงอยู่บ่อยๆ ว่าเป็นความหมายของความยุติธรรมแบบพุทธคืองานเขียนเรื่อง "ธรรมสาร-วินิจฉัยว่าด้วยความยุติธรรมเป็นอย่างไร" ของกรมหลวงพิชิตปรีชากร[153] ถือกันว่าเป็นความคิดแบบไทยที่โยงความยุติธรรมตามกฎหมายและธรรมะเข้าด้วยกันแล้วอธิบายว่า "ยุติธรรม"

---

[151] ตัวอย่างของการโทษสำนักกฎหมายบ้านเมืองคือ มีการกล่าวว่า การที่พระเจ้าอยู่หัวรัชกาลที่ 4 ผละออกจากพระธรรมศาสตร์เพราะเห็นว่ากฎหมายเก่า "หายุติธรรมไม่" แสดงว่าพระองค์รับแนวคิดแบบสำนักกฎหมายบ้านเมือง (กิตติศักดิ์ 2556: 62) การตีความทำนองนี้ราวกับว่าความยุติธรรมในโลกนี้มีเพียงสองกระแสคือถ้าไม่ธรรมศาสตร์ก็ต้องเป็นสำนักกฎหมายบ้านเมือง

[152] Dressel 2018: 6

[153] พิชิตปรีชากร 2472: 383–384

หมายถึง “ถูกต้องตามธรรม”[154] สมเด็จพระพุทธโฆษาจารย์ (ป. อ. ปยุตฺโต) นำเสนอนิติศาสตร์แนวพุทธมานาน ประเด็นพื้นฐานคือกฎหมายต้องอิงกับธรรมะ แต่ท่านอธิบายความหมายของความยุติธรรมกับธรรมะแทบจะเป็นสิ่งเดียวกัน[155] อย่างไรก็ตาม ท่านเห็นว่ากฎหมายที่มีธรรมะไม่ใช่เรื่องง่ายที่จะเข้าใจ ต้องอาศัยบุคคลที่มีความสามารถพิเศษ กฎหมายที่สมบูรณ์ตามความมุ่งหมาย ต้องการปัญญาพิเศษที่หยั่งรู้ความจริงแห่งเหตุปัจจัยทุกอย่างที่เกี่ยวข้อง[156] ด้วยเหตุนี้กระมังความคิดแบบพุทธจึงพยายามมองหาคนดีผู้มีบุญบารมีสูงส่งมาเป็นผู้อำนวยการให้มีการใช้กฎหมายอย่างเป็นธรรม คนมีบารมีสูงส่งตามปรัชญาการเมืองแบบพุทธโดยปกติหมายถึงคนมีอำนาจสูงเพราะอำนาจไม่ฉ้อฉล แต่อำนาจสะท้อนระดับของบารมี จักรพรรดิราชผู้มีอำนาจสูงสุดย่อมสะท้อนบารมีที่สูงที่สุด

---

[154] กิตติศักดิ์ 2556: 63–64 ดูเชิงอรรถ 38 ที่ระบุว่าข้อเขียนชิ้นนี้มีแนวความคิดพ้องกับคำอธิบายของ Jeremy Bentham (นักปรัชญาและนิติศาสตร์ชาวอังกฤษ ผู้โด่งดังจากลัทธิอรรถประโยชน์นิยม utilitarianism) กิตติศักดิ์อธิบายว่าหนังสือของ Bentham น่าจะมีอิทธิพลต่อความคิดของกรมหลวงพิชิตปรีชากร ผู้เขียนขอเสริมว่าเหตุที่มีผู้คิดว่าเป็นแนวคิดแบบพุทธเพราะข้อเขียนนี้เสนอหลักความคิดสำคัญๆ ด้วยศัพท์ภาษาบาลีตลอด ถือเป็นเอกสารที่น่าสนใจมากสำหรับผู้สนใจการถ่ายทอดส่งผ่านข้ามวัฒนธรรม

[155] ดูคำอธิบายโดยพิสดารใน พุทธโฆษาจารย์ 2560

[156] พุทธโฆษาจารย์ 2560: 47

นักนิติศาสตร์ผู้สมาทานธรรมนิยมเสนอว่าแหล่งที่มาของความยุติธรรมที่สำคัญที่สุดคือพระมหากษัตริย์ ธานินทร์ กรัยวิเชียร อภิปรายประเด็นนี้อย่างละเอียดสรุปได้ว่า หากกฎหมายขัดหรือแย้งกับความยุติธรรมแล้ว เราควรจะถือความยุติธรรมเป็นสำคัญ ความยุติธรรมสำคัญกว่าและมาก่อนกฎหมาย ซึ่งสอดคล้องกับหลักกฎหมายสากลที่ว่าเหนือกฎหมายยังมีกฎหมายธรรมชาติ (Natural Law) และสอดคล้องกับปรัชญากฎหมายไทยตามแนวพระราชดำริของพระเจ้าอยู่หัวรัชกาลที่ 9 ที่ถือธรรมะหรือความยุติธรรมเป็นใหญ่เหนือกฎหมายเช่นกัน[157] ในไม่กี่ทศวรรษที่ผ่านมางานเขียนของพวกเขาทั้งหลายจะอ้างอิงพระราชดำรัสในโอกาสต่างๆ ที่ตอกย้ำว่ากฎหมายตามตัวบทไม่ใช่ความยุติธรรม จะยึดแต่ตัวบทกฎหมายย่อมไม่ได้[158]

---

[157] ธานินทร์ 2552: 36–40

[158] ตัวอย่างเช่น ธานินทร์ 2552: 38–39 อ้างถึงพระราชดำรัส 7 สิงหาคม 2515; วิชา 2558: 14–15, อ้างถึงพระราชดำรัส 16 ตุลาคม 2521; วิชา 2558: 37–38 อ้างถึงพระราชดำรัส 6 พฤศจิกายน 2518; กิตติศักดิ์ 2556: 84–85 อ้างถึงพระราชดำรัส 13 มีนาคม 2512, 7 สิงหาคม 2514, 7 สิงหาคม 2515, 27 มิถุนายน 2516, 29 ตุลาคม 2522, และพระปฐมบรมราชโองการ 5 พฤษภาคม 2493 เช่นเดียวกับวินัย 2548: 3. ข้อวิจารณ์การยึดตัวบทกฎหมายอย่างเคร่งครัดโดยไม่สนใจความยุติธรรมที่อาจไม่เป็นไปตามตัวบทในที่นี้ ต่างจากข้อวิจารณ์ไม่กี่ปีที่ผ่านมาซึ่งเห็นว่ากระบวนการยุติธรรมยึดติดอยู่กับตัวอักษร ดังที่เรียกกันว่า "นิติอักษรศาสตร์" (ดูสมชาย 2562: 135–147 หรือบทความของ นิธิ เอียวศรีวงศ์ ใน<u>มติชนรายวัน</u> 22 ตุลาคม 2561) แม้ทั้งสองกรณีจะ

ทำไมกษัตริย์จึงเป็นหลักสำคัญที่สุดของความยุติธรรม? ไม่กี่ทศวรรษที่ผ่านมา มีความพยายามขนานใหญ่ที่จะสร้างให้พระมหากษัตริย์กลายเป็นหลักสูงสุดของระบบกฎหมายไทย เป็นแหล่งที่มาที่สำคัญที่สุดของความยุติธรรม เป็นรัฐธรรมนูญที่แท้จริงของไทยที่อยู่เหนือรัฐธรรมนูญธรรมดา ด้วยการประโคมแนวคิดเรื่องธรรมราชาและประวัติศาสตร์ที่สนับสนุนแนวคิดนี้[159]

มีจุดร่วมตรงที่วิพากษ์การใช้กฎหมายอย่างทื่อๆ ตามตัวอักษร แต่ความต่างอยู่ที่การวิจารณ์อย่างหลังเมื่อเร็วๆ นี้เกิดขึ้นในบริบทที่ความน่าเชื่อถือต่อกระบวนการยุติธรรมถดถอย จึงเห็นว่าสาเหตุหนึ่งมาจากการผลิตนักกฎหมายแบบเน้นท่องจำและรู้แค่เทคนิคการใช้กฎหมายอย่างปราศจากความเข้าใจหลักการของกฎหมายและไม่รู้สังคมศาสตร์ที่ต้องนำมาประกอบการตีความตัวบท ส่วนการวิจารณ์ของธรรมนิยมก็เพื่อต้องการให้นำพระมหากษัตริย์เข้ามาเป็นหลักของความยุติธรรมเหนือตัวบทกฎหมาย นอกจากนี้เป้าของการวิจารณ์อย่างหลังก็คือกระบวนการยุติธรรมภายใต้อิทธิพลธรรมนิยมนั่นเอง (ดังจะอธิบายต่อไป)

[159] แต่ก่อนที่เราจะเริ่มตอนต่อไปผู้เขียนขอฝากประเด็นที่ควรตระหนักในเรื่องความต่าง/ขัดแย้งกันระหว่างสองสำนักนี้ก็คือ ความคิดของสำนักกฎหมายบ้านเมืองถูกเข้าใจในสังคมไทยอย่างไรทั้งจากผู้นิยมและจากผู้โต้แย้ง “สำนักกฎหมายบ้านเมือง” ซึ่งถูกธรรมนิยมโต้แย้งว่าฝ่ายเผด็จการนั้นเป็นสำนักกฎหมายบ้านเมืองตามที่เข้าใจในสังคมไทย หมายความว่า Legal Positivism ตามที่เริ่มและพัฒนาต่อมาในยุโรปนั้นต่างจาก “สำนักกฎหมายบ้านเมือง” ที่ฝ่ายธรรมนิยมพยายามนำเสนอ วรเจตน์อธิบายความต่างนี้ไว้ (2561: 399–404) โดยสรุปคือ Legal Positivism ไม่ได้ปฏิเสธความยุติธรรม ไม่ใช่สนับสนุนเผด็จการ เพียงแต่แนวคิดนี้เห็นว่าความยุติธรรมเป็นเรื่องนานาจิตตัง หาข้อยุติที่แน่นอนไม่ได้ ผู้เขียนมีความเห็นเพิ่มตรงนี้ว่า Legal Positivism ในยุโรปพยายามทำให้กฎหมายเป็นพื้นที่กลางของความหมายต่างๆ ปะทะขัดฝืนเจรจาผสมผสานกันได้แบบโลกวิสัยโดยไม่อิงแอบกับศาสนาใดๆ เราจึงไม่ควรมองข้ามการที่ “สำนักกฎหมายบ้านเมือง” ถูกเข้าใจตามแบบไทยตั้งแต่เริ่มแล้วโดยชนชั้นนำของสยามเองและใช้ต่อมา

ประวัติศาสตร์แบบราชานิตินิยม

กฤษณ์พชรกล่าวถึง “ประวัติศาสตร์นิพนธ์แบบราชานิตินิยม” หมายถึงประวัติศาสตร์นิพนธ์ที่เน้นบทบาทพระมหากษัตริย์เป็นศูนย์กลางของความเปลี่ยนแปลงของระบบกฎหมายและสถาบันตุลาการ ประเด็นที่กฤษณ์พชรเน้นคือประวัติศาสตร์ของความสัมพันธ์ระหว่างพระมหากษัตริย์กับตุลาการซึ่งนำมาสู่ความเชื่อที่ว่าตุลาการเป็นบุคคลพิเศษและได้รับอภิสิทธิ์พิเศษจากพระมหากษัตริย์จึงกระทำการในพระปรมาภิไธยของพระเจ้าอยู่หัว[160] แต่ประเด็นสำหรับบทความนี้คือประวัติศาสตร์แบบราชานิตินิยมที่สนับสนุนแนวความคิดว่ากษัตริย์เป็นเสาหลักของระบบกฎหมายไทยเป็นอย่างไร ประวัติศาสตร์ที่เป็นฐานของนิติศาสตร์แบบราชนิติธรรมคืออะไร? ผู้เขียนเห็นว่ามี 4 ประเด็นด้วยกัน

ประเด็นที่หนึ่ง ในจารีตกฎหมายเดิมพระมหากษัตริย์เป็นผู้ทรงความยุติธรรมสูงสุดแต่ไม่ใช้อำนาจบัญญัติกฎหมาย

ประเด็นที่สอง อำนาจอธิปไตยยังเป็นของพระมหากษัตริย์หลัง 2475 และประเด็นอื่นที่เกี่ยวข้อง

(ทั้งเผยแพร่และโต้แย้ง) แบบไทยทั้งนั้น

[160] กฤษณ์พชร 2562: 317–321

ประเด็นที่สาม ในประวัติศาสตร์การเมืองยุคใกล้ กษัตริย์เป็นผู้พิทักษ์ประชาธิปไตย

ประเด็นที่สี่ ประวัติของธรรมราชายุคสมัยใหม่

ผู้เขียนจะอธิบายแต่ละประเด็นแต่เพียงสังเขปเพราะทุกประเด็นมีผู้ทำการศึกษาไว้แล้วอย่างละเอียด อย่างไรก็ตาม ผู้เขียนเชื่อว่าการนำทั้ง 4 ประเด็นมาไว้ด้วยกันในกรอบประวัติศาสตร์แบบราชานิตินิยมที่ค้ำจุนนิติศาสตร์แบบราชนิติธรรมดังที่เสนอในที่นี้ น่าจะช่วยให้เราเห็นนัยและความสำคัญของแต่ละประเด็นเพิ่มขึ้นจากที่เคยเข้าใจอยู่

ประเด็นที่หนึ่ง ดังได้เสนอไปแล้วในบทความนี้ว่า ประวัติศาสตร์ตามแบบฉบับยกสถานะของกษัตริย์ไทยว่าเป็นผู้ทรงความยุติธรรมสูงสุดเพราะเป็นผู้รักษาความสงบเรียบร้อย แต่ทรงจำกัดอำนาจของพระองค์เองให้อยู่ในกรอบของพระธรรมศาสตร์ ถือเอาพระธรรมศาสตร์เป็นกฎหมาย โดยไม่ใช้อำนาจบัญญัติกฎหมาย ส่วนพระราชศาสตร์เป็นเพียงคำสั่งชั่วคราวชั่วรัชสมัย กษัตริย์ไทยจึงไม่ใช่สมบูรณาญาสิทธิราชย์ แต่เป็นธรรมราชา งานที่เป็นแม่บทเริ่มต้นและเป็นกรอบของคำอธิบายนี้ได้แก่ผลงานของพระองค์เจ้าธานีนิวัตและแลงกาต์[161]

[161] ธานีนิวัต 2489, Dhani 1969, Lingat 1950 สำหรับความสำคัญของงานของสองท่านในเรื่องนี้โดยสรุป ดู Baker and Pasuk 2016: 2–5

ประเด็นที่สองคือปัญหาว่าหลังการปฏิวัติ 2475 อำนาจอธิปไตยยังเป็นของกษัตริย์หรือไม่ พวกกษัตริย์นิยมอธิบายว่าอำนาจหลังปี 2475 ยังเป็นของพระมหากษัตริย์ แต่ได้พระราชทานให้กับคณะราษฎรเพื่อเริ่มระบอบใหม่ซึ่งพระมหากษัตริย์ก็เตรียมที่จะให้อยู่แล้ว บวรศักดิ์เสนอว่า อำนาจอธิปไตยนั้นอยู่ที่พระมหากษัตริย์และประชาชนร่วมกัน ซึ่งต่างจากชาติอื่นที่ถือว่าประชาชนเท่านั้นที่เป็นเจ้าของอำนาจอธิปไตย ด้วยเหตุนี้ในทางกฎหมายนั้นเมื่อมีการรัฐประหารล้มล้างรัฐธรรมนูญทุกครั้ง ก็ต้องถือว่าอำนาจอธิปไตยที่เคยให้ประชาชนไปนั้นก็กลับคืนมายังกษัตริย์ผู้ทรงเป็นเจ้าของเดิมมาก่อน 24 มิถุนา 2475 คณะรัฐประหารไม่ใช่เจ้าของอำนาจอธิปไตยเลย เพียงแต่มีอำนาจปกครองบ้านเมืองในเวลาหนึ่งเท่านั้น เมื่อคณะรัฐประหารจะทำรัฐธรรมนูญใหม่ก็ต้องทูลเกล้าฯ ถวายลงพระปรมาภิไธยอยู่ดี ด้วยเหตุนี้พระราชอำนาจที่รัฐธรรมนูญรองรับอยู่นั้นจะตีความเหมือนประเทศอื่นไม่ได้ แต่ต้องตีความตามประเพณีการปกครองของไทย พระองค์จะทรงยุบสภาเองก็ได้ หรือจะโปรดเกล้าฯ ให้นายกฯ พ้นจากตำแหน่งเพื่อแก้วิกฤตก็ทรงทำได้เพราะทรงเป็นเจ้าของ

อำนาจอธิปไตยร่วมกับประชาชน[162]

---

[162] สรุปจาก บวรศักดิ์ 2537: 24–26 ผู้ที่เขียนตอบโต้สำคัญ 2 คนคือ คือ ปิยบุตร แสงกนกกุล (2559) และ สมชาย ปรีชาศิลปกุล (2561ก) โดยเฉพาะสมชายซึ่งได้ลำดับประเด็นที่ขัดแย้งกันในประวัติศาสตร์เรื่องฐานะอำนาจของพระมหากษัตริย์ในระบอบใต้รัฐธรรมนูญนี้รวม 15 ประเด็น แต่สรุปรวมได้เป็น 5 กลุ่ม ได้แก่

1) อำนาจอธิปไตย "เป็นของ" ปวงชน หรือ "มาจาก" ปวงชน ฝ่ายที่ว่า "มาจาก" มักเป็นฝ่ายนิยมกษัตริย์ที่เสนอว่า คำนี้สอดคล้องกับความคิดการเมืองแบบพุทธในเรื่องอเนกชนนิกรสโมสรสมมติ ซึ่งกษัตริย์ขึ้นเป็นใหญ่ได้ด้วยการเห็นชอบของปวงชน ความต่างในข้อนี้กลายเป็นระเบิดเวลาหลายสิบปีต่อมาเพราะเปิดโอกาสให้กับพวกกษัตริย์นิยมตีความว่าอำนาจอธิปไตยยังอยู่ในมือกษัตริย์เพียงแต่มีที่มาแต่แรกเริ่มนั้นมาจากปวงชนเท่านั้น แต่กษัตริย์เป็นผู้ใช้อำนาจอธิปไตยทั้งในระบอบก่อน 2475 และในระบอบประชาธิปไตยหลัง 2475 สุดแท้แต่ว่าจะยกให้ใครเป็นผู้ใช้อำนาจนั้นในแต่ละช่วงเวลา

2) ปัญหาว่าด้วย "เหนือการเมือง" ของกษัตริย์ ในข้อนี้แบ่งออกเป็นประเด็นย่อย 3 ประเด็นก็คือ หนึ่ง) กษัตริย์หรือเจ้าหมายรวมถึงพระบรมวงศานุวงศ์หรือไม่ ถ้ารวม ก็ระดับใครบ้างที่ควรจะต้องอยู่เหนือการเมือง สอง) มีการถกเถียงอย่างมากในรัฐธรรมนูญยุคแรกๆ ว่า "เหนือ" หมายถึงอะไร ควรใช้คำที่ชัดเจนไปเลยดีกว่าไหม เช่นคำว่า นอกจาก พ้นจาก พ้นเลย พ้นเลยไปจาก สาม) "การเมือง" หมายถึงอะไร การลงสมัครรับเลือกตั้ง การบริหาร การปกครอง การหาเสียงและกิจกรรมทางการเมืองอื่นๆ เช่น เป็นสมาชิกพรรคการเมือง เป็นต้น ควรห้ามพวกเจ้ายุ่งเกี่ยวกับการเมืองในขอบเขตอย่างไร

3) ปัญหาความหมายของคำว่า "อันละเมิดมิได้" ที่ต่อมารวมไปถึงไม่สามารถมีผู้ใดฟ้องร้องพระมหากษัตริย์ได้ การขยายความนี้หมายความว่าอย่างไร หมายถึงเฉพาะการกระทำทางการเมือง รวมไปถึงการกระทำส่วนพระองค์ด้วย ผลของข้อความเดิมและข้อความที่ขยายออกไปหลัง 2492 นั้นมีอย่างไร ทำให้กษัตริย์อยู่เหนือกฎหมายหรือไม่

4) ประเด็นที่สำคัญมากอื่นๆ ที่ล้วนสะท้อนอำนาจของกษัตริย์ที่เปลี่ยนไปในทางขยายมากขึ้นทุกที ได้แก่ การกำหนดผู้สืบราชสมบัติ อำนาจในการวีโต้กฎหมาย สถานะการเป็นจอมทัพไทย และฐานะขององคมนตรี

5) ประเด็นเหล่านี้ทั้งหมดประมวลได้เป็นความเปลี่ยนแปลงของระบอบการเมือง เริ่มจากเป็น "ระบอบพระมหากษัตริย์ใต้รัฐธรรมนูญ" มาสู่ "ระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์เป็นประมุข" ข้อความทั้งสองอย่างนี้ ตามตัวหนังสืออาจไม่เห็นชัดว่าสาระของความเปลี่ยนแปลงที่แท้จริงคืออะไร แต่หากเข้าใจประเด็นทั้งหลายที่นำเสนอมาข้าง

ประวัติศาสตร์แบบราชานิตินิยมที่ค้ำจุน “ราชนิติธรรม” ประเด็นที่สามคือ บทบาทของพระมหากษัตริย์ในการเมืองไทยยุคใกล้นี่เอง หมายถึงบทบาทของพระเจ้าอยู่หัวรัชกาลที่ 9 ในเหตุการณ์ 14 ตุลา 2516 และพฤษภา 2535 และในวิกฤตการเมืองนับจากปี 2549 สำหรับสองครั้งแรกนั้น นักประวัติศาสตร์กษัตริย์นิยมต่างยกย่องถึงบุญบารมีและความจงรักภักดีของประชาชนที่สูงยิ่ง จึงทำให้พระองค์สามารถเข้าแทรกแซงวิกฤตการณ์และยุติการนองเลือดนำความสงบสุขกลับมาประเทศชาติได้ นอกจากนี้ทั้งสองครั้งยังถือกันว่าเป็นเหตุการณ์ที่ส่งผลดีต่อประชาธิปไตย ดังนั้นจึงมีผู้เริ่มเสนอความคิดที่ต่างออกไปจากเดิม คือแทนที่จะตอกย้ำยืนยันว่าพระมหากษัตริย์ไม่เกี่ยวข้องกับการเมือง กลับกลายเป็นเสนอว่าพระมหากษัตริย์อยู่สูงกว่าการเมืองสกปรก แต่การที่พระมหากษัตริย์จำเป็นต้องเข้ายุ่งเกี่ยวกับการเมืองอย่างเหมาะสมกลับช่วยรักษาประชาธิปไตยไว้ได้[163]

ต้น จะเห็นได้ชัดอย่างยิ่งว่าสองระบอบเป็นคนละเรื่องกันอย่างมาก

[163] ผู้ที่เสนอเช่นนี้ได้เป็นระบบอย่างน่าเชื่อถือ คือ นครินทร์ 2549 โปรดสังเกตชื่อหนังสือและความหมาย บวรศักดิ์ 2551:14–44 ก็เสนอทำนองเดียวกัน ไชยันต์ 2560 พยายามทำคล้ายกันคือสร้างความชอบธรรมแก่บทบาทของกษัตริย์ในความขัดแย้งทางการเมืองและการรัฐประหารปี 2549 ส่วนผู้ที่เสนอประวัติศาสตร์ตรงข้ามในประเด็นนี้คือผู้เขียนเอง (ดูธงชัย 2556) ประเด็นสำคัญที่ผู้เขียนเสนอก็คือกลุ่มการเมืองกษัตริย์นิยมไม่เคยออก “พ้นจาก” การเมืองเลยนับตั้งแต่สิ้นสุดสมบูรณาญาสิทธิราชย์เป็นต้นมา ทั้ง

ประเด็นที่สี่ คือ ประวัติศาสตร์ของธรรมราชา โดยโหมโฆษณาพระราชกรณียกิจเฉพาะของพระเจ้าอยู่หัวรัชกาลที่ 9 และย้ำความสำคัญของทศพิธราชธรรมเพื่อเป็นเหตุผลสนับสนุนว่ากษัตริย์เป็น “ธรรมราชา” จึงเป็นหลักสูงสุดของระบบกฎหมายที่เรียกว่า นิติธรรม บวรศักดิ์ยังเสนอด้วยว่า ทศพิธราชธรรมได้ขยายจากหลักศาสนาและศีลธรรมของพุทธเถรวาท ไปเป็นหลักและธรรมเนียมปฏิบัติทางรัฐธรรมนูญในระบอบประชาธิปไตย (convention of the constitution)[164]

> “ถ้ารัฐธรรมนูญ...เปรียบเสมือนโครงกระดูก (skeleton) ธรรมเนียมปฏิบัติทางรัฐธรรมนูญก็เปรียบเสมือนเลือดและเนื้อ ...ที่ห่อหุ้มโครงกระดูกให้มีชีวิตชีวา...ทศพิธ-ราชธรรมเป็นเครื่องเหนี่ยวรั้งพระราชอำนาจล้นพ้นของ

ยังพยายามฟื้นบทบาททางสังคมและอำนาจกษัตริย์ในรูปและระดับต่างๆ (แต่ไม่ใช่สมบูรณาญาสิทธิราชย์) ตลอดมา จนสำเร็จในรัชสมัยของพระเจ้าอยู่หัวรัชกาลที่ 9 สถาปนาระบอบประชาธิปไตยที่มีพระมหากษัตริย์เป็นประมุขสำเร็จ ข้อสังเกตเพิ่มเติมที่ขอฝากไว้ก็คือ บรรดาผู้ที่สนับสนุนให้พระมหากษัตริย์เข้ายุ่งเกี่ยวกับการเมืองอย่างเหมาะสมนั้น มักยกเหตุการณ์รุนแรงสองกรณีคือ 14 ตุลา 2516 และพฤษภา 2535 เท่านั้น แต่จนบัดนี้ยังไม่เคยมีใครสามารถอธิบายได้ว่า ในเหตุการณ์ 6 ตุลาฯ และพฤษภา 2553 ซึ่งเป็นการนองเลือดอย่างโหดร้ายโดยกำลังอาวุธของรัฐนั้น บทบาทของกลุ่มกษัตริย์นิยมเป็นอย่างไร นครินทร์อธิบายไว้สั้นๆ แบบบ่ายเบี่ยง ดูเหมือนว่าเขาไม่สามารถอธิบายได้ถนัดนัก

[164] บวรศักดิ์ 2551: 6

พระมหากษัตริย์ในระบอบสมบูรณาญาสิทธิราช ... แต่ [ในหลวงรัชกาลที่ 9] ได้ทำให้หลักนี้กลายเป็นเลือดเนื้อที่ห่อหุ้มโครงกระดูกของรัฐธรรมนูญประชาธิปไตยไทยได้อย่างเหมาะเจาะ"[165]

Dressel และ Mérieau เห็นว่า นี่คือความพยายามสถาปนาปัจจัยเหนือกว่ารัฐธรรมนูญ (metaconstitutional terms) หรือไม่นี่ก็คือลัทธิรัฐธรรมนูญที่แท้จริงของไทย[166]

หลักนิติธรรมในสภาวะยกเว้น

นักนิติศาสตร์ที่เห็นว่าสำนักกฎหมายบ้านเมืองเป็นหน่อของลัทธิอำนาจนิยมและระบอบเผด็จการในประเทศไทย จึงให้เครดิตแก่สำนักธรรมนิยมอย่างมากในการต่อสู้กับเผด็จการทหารในประเทศไทย กิตติศักดิ์ถือว่าปรีดี เกษมทรัพย์ ฟื้นฟูสำนักธรรมนิยมขึ้นเพื่อต่อสู้กับเผด็จการทหารควบคู่กับการเรียกร้องสิทธิเสรีภาพ ต้องการจำกัดอำนาจอธรรมของรัฐ เขายกย่องลัทธิรัฐธรรมนูญนิยม (constitutionalism) ที่ อมร

[165] บวรศักดิ์ 2549: 20

[166] Dressel 2018:6 และ Mérieau 2018: 290–292

จันทรสมบูรณ์ ผลักดันว่าเป็นความคิดที่ตั้งอยู่บนฐานของสำนักธรรมนิยมด้วย[167] วิชา มหาคุณ ซึ่งถือว่าตนก็อยู่ฝ่ายนี้ สรุปให้ง่ายไปกว่านั้นอีกว่าสำนักธรรมนิยมเป็นฝ่ายเสรีนิยม สำนักกฎหมายบ้านเมืองเป็นฝ่ายอำนาจนิยม[168] เพราะ "นักกฎหมายที่เชื่อในคำสอน [ของสำนักกฎหมายบ้านเมือง] จะไม่มีความกระดากอายหรืออิดเอื้อนที่จะร่วมมือและพร้อมที่จะรับใช้ผู้ที่ทำการประทุษร้ายรัฐธรรมนูญ"[169]

ธานินทร์ กรัยวิเชียร กล่าวไว้เมื่อปี 2505 ในช่วงต้นของระบอบเผด็จการสฤษดิ์-ถนอมว่า "การตรากฎหมายที่ลิดรอนเสรีภาพทำไม่ได้ จะขัดกับรัฐธรรมนูญตามหลักนิติธรรมวินัย เว้นเสียแต่จะเป็นไปเพื่อความมั่นคงหรือเพื่อประโยชน์สาธารณะประโยชน์สุขส่วนรวม (public welfare)

---

[167] กิตติศักดิ์ 2556: 79-83

[168] วิชา 2558: 6-7 (พิมพ์ซ้ำข้อเขียนเมื่อปี 2534) "น่าเสียดายที่ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายจำนวนมากตกอยู่ภายใต้แนวคิดของปรัชญากฎหมายบ้านเมือง...ที่มีส่วนส่งเสริมให้เกิดระบบทรราชย์ ...เป็นที่ประจักษ์แก่สังคมตลอดมาว่า ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายที่มีแนวความคิดในทางปรัชญากฎหมายธรรมชาติ มักมีส่วนร่วมในการต่อสู้เพื่อสิทธิมนุษยชนหรือต่อสู้กับอำนาจรัฐที่กดขี่อย่างไม่ย่นระย่อ ตรงกันข้ามกับผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายที่มีแนวความคิดในทางปรัชญากฎหมายบ้านเมือง มักมีส่วนร่วมในระบอบการปกครองที่กดขี่และ...ใช้อำนาจเกินขอบเขต...จนกลายเป็นการลิดรอนสิทธิเสรีภาพของประชาชน"

[169] ปรีดี 2560: 331-332

ในประเทศไทยก็ยึดถือตามหลักเดียวกันนี้”[170] ในช่วงทศวรรษ 2500–2510 นั้น สหรัฐอเมริกาส่งเสริมวาทกรรม “หลักแห่งกฎหมาย” (The Rule of Law ตามที่ธานินทร์แปลในขณะนั้น) อย่างมากในสังคมไทย เพราะเป็นส่วนหนึ่งของอุดมการณ์เสรีนิยมประชาธิปไตยที่สหรัฐอเมริกาพยายามป่าวร้องเพื่อตอบโต้กับมหาอำนาจฝ่ายตรงข้ามในยุคสงครามเย็น[171] แต่ถ้าหากหลักสูงสุดของหลักนิติธรรมแบบไทยกำลังถูกคุกคาม ธานินทร์กลับเห็นว่าหลักนิติธรรมก็ควรมีข้อยกเว้น คือไม่ต้องมีเป็นการชั่วคราวก็ได้

> “เป็นที่เข้าใจกันดีว่าหลักนิติธรรมคืออุดมการณ์สูงสุดของการปกครองในระบอบประชาธิปไตย มีการสอนและอธิบายว่าหลักนิติธรรมจะมีข้อยกเว้นไม่ได้ เพราะถ้าให้มีข้อยกเว้นหลักนิติธรรมก็เท่ากับยอมให้รัฐมีอำนาจมาควบคุมหรือจำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชนได้ตามอำเภอใจ การอธิบายโดยเคร่งครัดเช่นนี้สามารถนำมาถือปฏิบัติในความเป็นจริงได้หรือไม่? แต่ในสภาพสังคมที่สลับซับซ้อนและมีปัญหาที่เกิดจากปัจจัยหลายด้านประกอบกันทั้งการเมือง เศรษฐกิจ สังคม เราจะยึด

---

[170] ดูบทความของธานินทร์ ใน เอกบุญ 2553: 34 (พิมพ์ครั้งแรกเมื่อ 2505)

[171] ดู กฤษณ์พชร 2562: 329–353

หลักนิติธรรมเพียงอย่างเดียวโดยไม่คำนึงถึงปัจจัยด้านอื่นได้จริงหรือ” (นี่คือย่อหน้านำ ก่อนหน้าข้อความยาวเหยียดที่อธิบาย “สภาวะยกเว้น” ก่อนหน้านี้)

ด้วยเหตุผล “สภาวะยกเว้น” นี้เอง นักนิติศาสตร์อาวุโสของสำนักธรรมนิยมอย่างธานินทร์ กรัยวิเชียร จึงได้เป็นนายกรัฐมนตรีของระบอบเผด็จการขวาจัดหลัง 6 ตุลาฯ ซึ่งจัดว่าเป็นยุคที่รัฐบาลใช้อำนาจเด็ดขาดจำกัดเสรีภาพยิ่งกว่ายุคใดๆ และปรีดี เกษมทรัพย์ ผู้นำทางความคิดของสำนักธรรมนิยมต่อต้านสำนักกฎหมายบ้านเมือง จึงกลายเป็นผู้นำการต่อต้านนักศึกษาฝ่ายซ้ายและอาจารย์เสรีนิยมรวมทั้งอาจารย์ป๋วยด้วยในช่วงก่อนเหตุการณ์ 6 ตุลา 2519 และได้เป็นอธิการบดีธรรมศาสตร์หลังเหตุการณ์ 6 ตุลาฯ ในยุคที่ธรรมศาสตร์ไม่มีเสรีภาพสักตารางนิ้ว ข้ออ้างเพื่อสภาวะยกเว้นเช่นนี้ถูกยกขึ้นมาอ้างอีกหลายครั้งต่อมา

ข้อเท็จจริงที่เราเห็นได้ไม่ยากเป็นดังที่ วรเจตน์ ภาคีรัตน์ ได้กล่าวไว้ว่า

“บรรดานักกฎหมายที่เข้าไปรับใช้คณะรัฐประหาร... ส่วนใหญ่แล้วไม่ได้เข้าไปเพราะมีทัศนะหรือจุดยืนทาง

> นิติปรัชญาแบบสำนักกฎหมายบ้านเมืองเลย แต่เข้าไปเพราะทัศนะทางการเมืองหรือเข้าไปเพื่อแสวงหาผลประโยชน์หรืออำนาจทั้งสิ้น แม้แต่นักกฎหมายที่แสดงตนว่านิยมยกย่องกฎหมายธรรมชาติหรือแสดงตนว่าเชื่อมั่น "คุณความดี" หรือ...เป็นคนดี ก็ล้วนเข้าไปทำงานให้คณะรัฐประหาร ...มิหนำซ้ำยังพยายามอธิบาย "คุณความดี" ไปในทางสนับสนุนการรัฐประหารและสร้างความชอบธรรมแก่ (ตนเองด้วย) เช่นอ้างว่าทำไปเพื่อประเทศชาติ หรือเพื่อขจัดคนเลว"[172]

ดังนั้น สิ่งที่ธรรมนิยมเข้าใจว่าเป็นรากฐานของเผด็จการอาจไม่ใช่ "สำนักกฎหมายบ้านเมือง" เพราะลงท้ายทั้งสองกระแสก็สนับสนุนระบอบอำนาจนิยมและการรัฐประหารเหมือนๆ กัน รากฐานของเผด็จการจึงน่าจะเป็นนิติศาสตร์แบบไทย ทั้งนิติรัฐอภิสิทธิ์และราชนิติธรรม ซึ่งมีอยู่ในสังคมไทยในร้อยกว่าปีที่ผ่านมาและล้วนเป็นมรดกของสมบูรณาญาสิทธิราชย์ของไทยนั่นเอง

หากเราเข้าใจบริบททางการเมืองช่วงต่างๆ น่าจะเห็นได้ไม่ยากว่าสองกระแสนี้มีความโลดแล่นผันแปรมาอย่างไร เช่น ในระยะหนึ่งภายใต้ระบอบเผด็จการทหาร สำนักธรรมนิยม

---

[172] วรเจตน์ 2561: 401-402

ผู้นิยมนิติธรรมแบบพระมหากษัตริย์จึงพยายามคัดคานอำนาจของทหาร ครั้นสังคมไทยเอียงไปทางซ้าย ผู้นำของราชนิติธรรมก็เห็นว่าหลักนิติธรรมควรมีข้อยกเว้น สนับสนุนการฆาตกรรมประชาชนอย่างเหี้ยมโหดก็ยังได้ แล้วเขาก็เข้าไปเป็นนายกรัฐมนตรีใช้อำนาจของรัฏฐาธิปัตย์อย่างไม่ต้องแคร์ความยุติธรรมหรือหลักกฎหมายแต่อย่างใด ครั้นกระแสความคิดลัทธิหลงใหลคลั่งไคล้เจ้า (Hyper-royalism) และระบอบการเมืองประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขขยายอำนาจจนเป็นด้านหลักของการเมืองไทย ธรรมนิยมก็ลืมคำของตนที่เคยมีต่อสำนักกฎหมายบ้านเมืองก่อนหน้านี้เสียสิ้น สนับสนุนการใช้กระสุนจริงต่อคนที่เขาเรียกว่าพวกเผาบ้านเผาเมืองก็ได้

ผลลัพธ์ล่าสุดของนิติศาสตร์ไทย (นิติรัฐอภิสิทธิ์ + ราช-นิติธรรม) x สภาวะยกเว้น = ระบอบ คสช.

ถึงตรงนี้แล้วเราคงเห็นแล้วว่าความต่างระหว่างสำนักธรรมนิยมในสังคมไทยกับสำนักกฎหมายบ้านเมืองแบบไทยก็คงเป็นทำนองเดียวกับความต่างระหว่างนิติรัฐอภิสิทธิ์แบบไทยกับหลักนิติธรรมแบบไทย นั่นคือ เป็นความต่างกันในบางแง่ แต่ทั้งคู่เป็นสองสาแหรกของนิติศาสตร์ไทยสมัยใหม่

มาจนถึงปัจจุบัน ล้วนแต่สนับสนุนระบอบอำนาจนิยมด้วยกันทั้งสิ้น การถกเถียงที่ใช้เวลานานในสภานิติบัญญัติว่าจะใช้คำว่านิติรัฐหรือนิติธรรมในรัฐธรรมนูญ 2550 ในที่สุดก็ไม่สามารถตัดสินใจได้เพราะคนในสภาไม่ได้เข้าใจความหมายของคำทั้งสองเท่าไรนัก ลงท้ายเหตุผลที่เลือกใช้คำว่า “หลักนิติธรรม” ด้วยเหตุผลที่ไม่มีหลักวิชาแต่อย่างใด แต่เลือกด้วยเหตุผลว่าเป็นคำที่คนคุ้นเคยอยู่แล้ว

คุ้นเคยกับ The Rule of Law เช่นนั้นหรือ? ไม่น่าจะใช่ น่าจะเป็นความคุ้นเคยของประชาชนทั่วไปว่ากฎหมายหมายถึงคำสั่งของผู้ปกครองที่มีอำนาจซึ่งประชาชนต้องปฏิบัติตามเพราะหากไม่ทำตามจะมีโทษ กฎหมายเครื่องมือของระบอบการปกครอง**โดย**กฎหมายต่อให้เป็นทรราชในนามประชาธิปไตยที่มีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขก็เถอะ ความเข้าใจเช่นนั้นถูกต้องแล้วเพราะ “หลักนิติธรรม” ในสังคมไทยโดยแท้จริงแล้วเป็นเพียงเสื้อคลุมของนิติศาสตร์ไทย (นิติรัฐอภิสิทธิ์ + ราชนิติธรรม) แค่นั้นเอง เป็นการทำรูปลักษณ์ระบอบอำนาจนิยมให้น่าเชื่อถือด้วยกฎหมายและธรรมะแค่นั้นเอง

ผลกระทบของนิติศาสตร์แบบไทยต่อประชาธิปไตย

นับแต่ทศวรรษ 1990 เราจะพบการใช้คำว่า "นิติรัฐ" และ "นิติธรรม" บ่อยมากขึ้น คงเกี่ยวพันกับกระแสปฏิรูปการเมืองและการร่างรัฐธรรมนูญ 2540 แต่คงไม่แปลกที่ผู้คนทั่วไปไม่เข้าใจชัดหรอกว่าสองคำนี้ต่างกันอย่างไรทางวิชาการ ไม่ใช่แค่เพราะเป็นคำเทคนิค แต่เพราะความหมายของคำทั้งสองกลายไปจากต้นตอนานแล้ว แถมยังปนเปกันในบริบทไทยๆ มากขึ้นจนความแตกต่างทางวิชาการแทบไม่เหลือความสำคัญ เราสามารถพบตัวอย่างของการใช้คำว่านิติรัฐนิติธรรมในความหมายคลุมๆ และแบบไทยๆ ได้จากแหล่งต่างๆ มากมาย รวมทั้งจากคนในวิชาชีพกฎหมาย โดยมากเข้าใจว่าหลักนิติธรรมหมายถึงหลักกฎหมายที่ยึดมั่นในทำนองคลองธรรม ขณะที่คำว่า "นิติรัฐ" มักหมายถึงรัฐที่ใช้กฎหมายอย่างเข้มงวด[173]

---

[173] ตัวอย่างเช่น ในวารสารศาลรัฐธรรมนูญ ปีที่ 19 เล่ม 55 พ.ศ. 2560 และ สิทธิกร 2555: 25–27 หลายคนตอกย้ำความหมายของ Legal State และ The Rule of Law เพื่อจะยืนยันว่าหลักการเหล่านี้มีอยู่ในสังคมไทยในร่มความยุติธรรมของพระมหากษัตริย์ (เช่น วิชา 2558: 23–27) จึงไม่น่าแปลกใจกับคำกล่าวที่ว่า หลักนิติธรรมมีในสังคมไทยมานานตั้งแต่ต้นรัตนโกสินทร์ (กฤษฎา 2548: 52) หรือตั้งแต่สุโขทัยโน่น (เอกชัย 2560: 281)

แทบไม่มีใครกล่าวถึงคำทั้งสองว่าหมายถึงการจำกัดอำนาจรัฐเพื่อพิทักษ์สิทธิเสรีภาพของประชาชนและทรัพย์สินเอกชน เพราะความหมายนี้ไม่เคยมีที่ทางในสังคมไทยเลยไม่ว่าในจารีตเดิมหรือในความคิดที่รับจากตะวันตก

ในระยะเดียวกัน แนวความคิดเรื่องนิติธรรมและนิติรัฐกลายเป็นหัวข้อสำคัญในวาทกรรมของนักนิติศาสตร์เกี่ยวกับรัฐธรรมนูญ ควบคู่ไปกับการถกเถียงเกี่ยวกับคำว่า good governance ซึ่งเริ่มเป็นที่นิยมในขณะนั้น แม้แต่นักนิติศาสตร์ก็เข้าใจ “นิติธรรม” ว่าดูเหมือนเกี่ยวพันกับธรรมะ ในการร่างรัฐธรรมนูญฉบับ 2550 มีการอภิปรายถึงคำทั้งสองเพราะต้องการบรรจุลงในรัฐธรรมนูญ แต่สุดท้ายกลับไม่สามารถเข้าใจสารัตถะของความแตกต่างของหลักการทั้งสองได้ชัด ในที่สุดคำว่า “นิติธรรม” ก็ได้รับเลือกให้บัญญัติลงในรัฐธรรมนูญของไทยเป็นครั้งแรกเมื่อปี 2550 เพราะเป็นคำที่คุ้นเคยมากกว่าและมีนัยถึงธรรมะด้วย[174] แต่คงเป็นราชนิติธรรมเพื่อสถาปนานิติศาสตร์แบบไทยไว้ในรัฐธรรมนูญ มิใช่ The Rule of Law แบบบรรทัดฐาน น่าเสียดายที่การถกเถียงเรื่องคำกลายเป็นช่องทางทำให้ความคิดเรื่อง The Rule of Law สอดคล้อง

---

[174] ดู สมคิด 2560:159–162 และ Mérieau 2018: 292

กับอุดมการณ์ ชาติ ศาสนา พระมหากษัตริย์ แต่กลับออกห่างจากความหมายแบบบรรทัดฐานของ Legal State และ The Rule of Law ไปมาก[175] ส่วน good governance ก็ได้รับการ "บวช" ให้กลายเป็นไทยในชื่อ "ธรรมาภิบาล"[176]

ครั้นเมื่อรัฐบาลเผด็จการทหารต้องการเผยแพร่หลักนิติธรรมให้ประชาชนรับรู้ โดยตั้งคณะกรรมการอิสระว่าด้วยการส่งเสริมหลักนิติธรรมแห่งชาติ และออกหนังสือเล่มเล็กๆ เพียง 20 หน้า บรรจุคำนิยามของคำว่า "นิติธรรม" ให้รายละเอียดขององค์ประกอบแต่ละอย่างพอสมควร ไม่ต่างจากที่มีอยู่ในตำรานิติศาสตร์โดยทั่วไป พอสรุปก็เน้นว่า นิติธรรมคือหลักพื้นฐานแห่งกฎหมาย การบังคับใช้กฎหมาย ตีความกฎหมาย และกระบวนการยุติธรรมที่จะละเมิดไม่ได้ ความมุ่งหมายของการเผยแพร่ความรู้ทำนองนี้ ก็เพื่อให้ประชาชนทำตามกฎหมาย เคารพกฎหมาย ซึ่งล้วนเป็นความมุ่งหมายของนิติ

---

[175] ความเห็นของ Dressel 2018: 11 และวรเจตน์ 2555

[176] นี่เป็นอีกตัวอย่างหนึ่งของการลากดึงหลักการปกครองที่พึงประสงค์ให้เป็นพุทธ บวรศักดิ์ (2542) อธิบายด้วยประวัติศาสตร์แบบมั่ว วิพากษ์วิจารณ์ระบบอุปถัมภ์อย่างแรง แต่อธิบายว่าเป็นปัญหาสืบเนื่องมาจากระบบไพร่ที่สืบทอดมาเป็นวัฒนธรรมของนักการเมืองจากการเลือกตั้ง ไม่เกี่ยวข้องกับอำนาจหรือการเมืองแบบพุทธ ทั้งๆ ที่ระบบไพร่ของไทยแยกไม่ออกจากระบบอำนาจในการเมืองแบบพุทธ เขาจึงสรุปว่าพุทธเท่ากับประชาธิปไตย ระบบอุปถัมภ์ตรงข้ามกับประชาธิปไตย ด้วยเหตุนี้ประชาธิปไตยที่มีธรรมาภิบาลคือการทำให้เป็นแบบพุทธ

รัฐอภิสิทธิ์และราชนิติธรรมที่เป็นการปกครองประชาชน**ด้วย**กฎหมาย (Rule by Law) ทั้งนั้น แม้แต่นักกฎหมายที่ทำงานช่วยเหลือประชาชนในชุมชนต่างๆ และเอ็นจีโอหลายคนก็เข้าใจต่อหลักทั้งสองตามความหมายในวัฒนธรรมไทยอยู่มาก เช่น เห็นว่ากฎหมายที่เป็นธรรมต้องคำนึงถึงชุมชนและส่วนรวมมากกว่าปัจเจกบุคคล เพียงแต่พวกเขาเห็นว่าต้องจำกัดไม่ให้อำนาจรัฐรังแกประชาชนด้วย[177]

นิติรัฐอภิสิทธิ์และราชนิติธรรมได้รับการสถาปนาแล้วทั้งในทางกฎหมาย การเมือง และความเข้าใจของคนทั่วไป

ผลกระทบต่อประชาธิปไตยมีมากมาย ในที่นี้จะเสนอให้เห็นเพียง 3 ประเด็นหลักที่เกี่ยวกับระบบกฎหมาย ขอละส่วนที่ไม่เกี่ยวกับระบบกฎหมายไว้ในโอกาสอื่น

ประเด็นแรก พระมหากษัตริย์คือรัฐธรรมนูญของไทย?

ประเด็นที่สอง "เหนือการเมือง" กำลังเปลี่ยนความหมายไป

ประเด็นที่สาม อำนาจสูงสุดอยู่ที่ไหน?

ประเด็นแรก เมื่อปี 2534 นิธิ เอียวศรีวงศ์ เขียนบทความอันเป็นที่กล่าวขวัญในวงวิชาการสังคมศาสตร์เรื่อง

[177] Munger 2012

"รัฐธรรมนูญฉบับวัฒนธรรมไทย" เพื่ออธิบายเหตุผลที่สังคมไทยไม่เคารพรัฐธรรมนูญจนถูกฉีกมาแล้วหลายสิบฉบับ ทั้งที่เป็นกฎหมายสูงสุด คำตอบคือ เพราะรัฐธรรมนูญชนิดนั้นไม่สอดคล้องกับวัฒนธรรมไทย ไม่ใช่จารีตกฎหมายของไทย แต่มีสถาบันอื่นที่เป็นหลักสูงสุดของระบบกฎหมายทำนองเดียวกับรัฐธรรมนูญ แม้มิใช่ตัวบทที่เป็นลายลักษณ์อักษรก็ตาม นั่นคือสถาบันพระมหากษัตริย์

นิธิคงเขียนเพื่อเป็นการกระตุ้นให้เราคิดในแง่มุมที่ไม่เคยคิดมาก่อน โดยมิได้สนับสนุนความคิดดังกล่าวหรือต้องการลดความสำคัญของรัฐธรรมนูญ แต่ทว่าในระยะเดียวกันนั้นนักนิติศาสตร์และปัญญาชนกษัตริย์นิยมได้ลงมือผลักดันความคิดราชนิติธรรมอันมีพระมหากษัตริย์เป็นหลักสูงสุดของระบบกฎหมายแล้ว[178] ความคิดที่ว่ารัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดนั้นเป็นของแปลกปลอมจากต่างประเทศ ในขณะที่พุทธธรรมและธรรมราชาเป็นแหล่งที่มาของความยุติธรรมที่แท้จริง ความคิดเช่นนี้เริ่มมาก่อนหน้านั้นนานพอสมควรแล้ว ได้โอกาสเติบโตมากขึ้นพร้อมกับลัทธิหลงใหลคลั่งไคล้เจ้า

---

[178] ผู้เขียนทักท้วงว่าข้อเสนอของนิธิฟังเหมือนที่พวกนิยมเจ้าเสนอ ทั้งๆ ที่ผู้เขียนไม่ทราบเลยว่าในขณะนั้นมีงานของนักนิติศาสตร์นิยมเจ้าเผยแพร่ความคิดนี้กันแล้วอย่างขะมักเขม้น โดยไม่เกี่ยวกับนิธิแต่อย่างใด ตัวอย่างเช่น Tongnoi 1990 งานหลายชิ้นของธานินทร์และบวรศักดิ์

(Hyper-royalism) ครั้นเมื่ออำนาจของฝ่ายเจ้าสถาปนาลงเป็นด้านหลักของการเมืองไทย (แทนที่ทหาร) ในกลางทศวรรษ 1990 ความคิดดังกล่าวก็ได้โอกาสงามจึงเผยแพร่ขนานใหญ่

บวรศักดิ์เสนอว่าประชาธิปไตยมีสองแบบ แบบที่หนึ่งคือมีรัฐธรรมนูญเป็นลายลักษณ์อักษรและสถาบันการเมืองต่างๆ ที่อ้างว่าทำเพื่อประชาชน เป็นของประชาชน โดยประชาชน อีกแบบหนึ่งคือประชาธิปไตยที่เป็นมาช้านานในประเพณีวัฒนธรรมของสังคมนั้นเอง เขาเสนอว่าสังคมไทยมีประชาธิปไตยอย่างหลังซึ่งต้องสั่งสมต่อเนื่องมาอย่างยาวนาน ไม่ใช่ว่าจู่ๆ จะสามารถเขียนเป็นลายลักษณ์อักษรบัญญัติให้เป็นขึ้นมาได้[179] สังคมไทยมีความต่อเนื่องทางกฎหมายมหาชนอยู่แล้วเพราะ "ท่ามกลางความไม่มั่นคงของสถาบันทางรัฐธรรมนูญอื่นๆ สถาบันพระมหากษัตริย์กลับเป็นสถาบันที่มั่นคงที่สุด"[180]

[179] บวรศักดิ์ 2537: 1-33 และ กิตติศักดิ์ 2556: เชิงอรรถ 139 เสนอข้อมูลน่าคิดว่าในคำกราบบังคมทูลความเห็นจัดการเปลี่ยนแปลงการปกครอง ร.ศ. 103 เรียก constitution ว่าราชประเพณี ในคำกราบบังคมทูลของโรลัง ยัคมินส์ เมื่อ ร.ศ. 113 ก็แปลคำนั้นตรงกัน เขาระบุว่า "ราชประเพณี" หมายถึงประเพณีการปกครองบ้านเมืองอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นศูนย์กลาง

[180] บวรศักดิ์ 2550: 206

สถาบันพระมหากษัตริย์คือรัฐธรรมนูญของไทยที่แท้จริงตามความคิดของนิติศาสตร์กษัตริย์นิยม ด้วยเหตุนี้กฎหมายบางฉบับที่ผูกพันกับการค้ำจุนรัฐธรรมนูญที่แท้จริงของไทย เช่น กฎมณเฑียรบาล กฎอัยการศึก กฎหมายความมั่นคง จึงมีความสำคัญและความศักดิ์สิทธิ์ที่ต้องบังคับใช้อย่างจริงจังยิ่งกว่ารัฐธรรมนูญ รัฐธรรมนูญกลับต้องเคารพกฎหมายเหล่านั้นด้วยวลี "ให้เป็นไปตามที่กฎหมายบัญญัติไว้" ในมาตราต่างๆ จำนวนมาก

ประเด็นที่สอง ความหมายของ "เหนือการเมือง" ตามนิติศาสตร์แบบราชนิติธรรม ไม่ใช่อยู่พ้นหรือไม่ยุ่งเกี่ยวกับการเมือง แต่หมายถึงพระราชอำนาจและบทบาททางการเมืองแบบที่ปัญญาชนกษัตริย์นิยมกำลังให้ความหมายใหม่อย่างขะมักเขม้น ดังที่พระเจ้าอยู่หัวรัชกาลที่ 9 ทรงกระทำในเหตุการณ์ 14 ตุลาฯ และพฤษภา 2535 และเมื่อ 25 เมษา 2549[181] การที่ปัญญาชนและนักนิติศาสตร์มักอ้างความคิดของ Walter Bagehot ปัญญาชนอังกฤษ ว่าพระมหากษัตริย์อยู่ในสถานะที่จะได้รับการปรึกษาสนับสนุนและตักเตือนรัฐบาล

[181] บวรศักดิ์ 2549: 32 เรียกบทบาทนั้นว่า "องค์กรรมการและผู้ประสานรอยร้าวสูงสุดแห่งชาติ (supreme arbitrator and the conciliator of the nation)" คงเป็นหน้าที่ของประวัติศาสตร์ที่จะเผยให้เห็นว่าบทบาทที่แท้จริงเป็นอย่างไร

ได้นั้น ความหมายที่พวกเขาต้องการมิได้ต้องการให้พระมหากษัตริย์มีสถานะและบทบาทเหมือนกับพระมหากษัตริย์อังกฤษแม้แต่น้อย แต่ต้องการให้ "พระราชอำนาจ" มีความหมายแบบไทยๆ

สมชาย ปรีชาศิลปกุล ได้อธิบายความหมายของคำว่า "เหนือการเมือง" เปลี่ยนแปลงผันแปรไปตามภาวะการเมืองมาตลอดนับแต่หลัง 2475 ในช่วงต้นสมัยรัชกาลที่ 9 มีความพยายามตีความพระราชอำนาจในระยะดังกล่าวให้ขยายความออกไปเพราะขณะนั้นอำนาจของคณะทหารที่ยังสูงอยู่โดยสัมพัทธ์ และอำนาจของกษัตริย์กำลังเติบโตขึ้นมาคะคานกับทหารภายใต้บารมีของรัชกาลที่ 9 ครั้นเมื่อฝ่ายกษัตริย์นิยมกลายเป็นอำนาจหลักของการเมืองไทย ทหารกลายเป็นทหารของพระราชา และพระราชอำนาจ (royal prerogative) กลายเป็นพระราชอำนาจนำ (royal hegemony) การตีความที่ขยายความออกไปเลยเถิดจึงกลายเป็นแบบอย่างสำหรับเวลาต่อมา ปรากฏการณ์หลายอย่างในไม่กี่ปีที่ผ่านมาชี้ชัดถึง "เหนือการเมือง" ในความหมายใหม่ที่พระมหากษัตริย์เป็น**อำนาจหนึ่งในระบบการเมืองไทย** โดยเป็นเบื้องบนของสถาบันการเมืองอื่น ทั้งมีอำนาจกระทำการและจัดการทรัพย์สินมากที่สุดนับ

แต่ 2475 เป็นต้นมา[182]

ประเด็นที่สาม ในขณะที่นิติรัฐและ The Rule of Law แบบบรรทัดฐานยึดถือหลักการว่ารัฐธรรมนูญและรัฐสภาเป็นอำนาจสูงสุด (The Supremacy of the Constitution; The Supremacy of the Parliament) แต่ในนิติศาสตร์แบบไทย รัฐธรรมนูญซึ่งเป็นตัวบทกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่สูงสุดกลับไม่มีความหมายเท่าไรนัก เพราะพระมหากษัตริย์เป็นหลักสูงสุดกว่ากฎหมายตัวอักษรใดๆ ถ้าเช่นนั้น สถานะขององค์อธิปัตย์ (The Sovereign) ที่อยู่เหนือรัฐธรรมนูญและเป็นเบื้องบนเหนือระบบการเมืองทั้งหลายเช่นนี้ ถือว่าอยู่ใต้กฎหมายหรืออยู่เหนือกฎหมาย?[183] ปรากฏการณ์บางอย่างในไม่กี่ปีที่ผ่านมาจึงเป็นที่จับตาของผู้พยายามหาคำตอบข้อนี้[184] อีกคำถามที่เกี่ยวเนื่องกันก็คือ ถ้าหากกล่าวตามหลักการของ Legal State และ The Rule of Law ที่ว่ากฎหมายต้องเป็นใหญ่สุด ใครหรือกลไก

---

[182] ได้แก่ การแก้ไขรัฐธรรมนูญฉบับผ่านประชามติ พระราชโองการกรณีพรรคไทยรักษาชาติ อำนาจแต่งตั้งพระสังฆราช การขยายส่วนราชการในพระองค์ในอำนาจของพระมหากษัตริย์ซึ่งรวมทั้งกองทหารและตำรวจ กำเนิด “ทรัพย์สินพระมหากษัตริย์” ที่เป็นอิสระจากรัฐและการขอคืนพื้นที่เขตพระราชวัง

[183] กษัตริย์อยู่เหนือกฎหมายเป็นคุณสมบัติสำคัญอย่างหนึ่งของ Absolute Monarchy ไม่ว่าในทางปฏิบัติจะมีอำนาจสมบูรณ์จริงหรือไม่ก็ตาม

[184] เฉพาะกรณีที่เป็นข่าวสาธารณะ ได้แก่ การแก้ไขรัฐธรรมนูญฉบับผ่านประชามติไปแล้ว และกรณีพรรคไทยรักษาชาติ

ใดทำหน้าที่ตรวจสอบพระมหากษัตริย์ภายใต้นิติศาสตร์แบบไทยมิให้กลายเป็นทรราชย์? ทศพิธราชธรรม (ตามที่ทฤษฎีราชนิติธรรมเสนอ) หรือ?

ยังมีประเด็นเกี่ยวกับกฎหมายอีกจำนวนหนึ่งซึ่งใหญ่เกินกว่าที่จะอภิปรายในที่นี้ เช่น "ความเป็นอิสระของตุลาการเป็นไปได้แค่ไหนในนิติรัฐอภิสิทธิ์และราชนิติธรรม" อีกประเด็นที่ควรสนใจก็คือ "สิทธิมนุษยชน สิทธิเสรีภาพมีสถานะอย่างไรในนิติรัฐอภิสิทธิ์และราชนิติธรรม" เพราะสิทธิของปัจเจกบุคคลที่เป็นฐานของปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนเป็นมโนทัศน์ของโลกสมัยใหม่ และเป็นความคิดที่จารีตกฎหมายเก่าและพุทธแต่เดิมไม่รู้จักด้วยซ้ำไป[185] ถ้าเช่นนั้นความคิดเหล่านี้ในสังคมไทยผ่านการปรับแปรจนมีความหมายอย่างไทยๆ ซึ่งต่างและขัดฝืนกับความหมายทางสากลอย่างไร

มีประเด็นเกี่ยวเนื่องที่น่าคิดข้อหนึ่งคือ เรากำลังหลอกตัวเองหรือเปล่าว่าระบบกฎหมายของไทยได้มาตรฐานสากล

---

[185] Apirat 1987: 119 สมเด็จพระพุทธโฆษาจารย์ อภิปรายในหนังสือหลายเล่มของท่านรวมทั้งนิติศาสตร์แนวพุทธ (2560) ว่าสิทธิเป็นเรื่องสมมติ ที่แท้มนุษย์ไม่มีสิทธิ (น.35) สิทธิแบบตะวันตกเป็นสิทธิในเชิงลบ หมายถึงเป็นหลักบางอย่างเพื่อการเรียกร้องเอาแต่ได้ (น.21) และอีกหลายประเด็น น่าคิดว่าความเข้าใจผิดของท่านอาจเป็นเพราะในพระพุทธศาสนาไม่มีแนวคิดเรื่อง rights แม้กระทั่งคำว่า "สิทธิ" ก็เป็นคำที่ไม่ตรงกับ rights นัก

แล้ว แต่ปัญหาอยู่ที่การบังคับใช้ ดังที่นักนิติศาสตร์ชั้นนำคนหนึ่งของไทยในปัจจุบันเขียนไว้เมื่อไม่นานมานี้ว่า

> “ในประเทศไทยตั้งแต่มีรัฐธรรมนูญฉบับแรก พ.ศ. 2475 เป็นต้นมาถือได้ว่าประเทศไทยพยายามนำหลักนิติธรรมมาใช้กับสังคมไทย...มีรัฐธรรมนูญฉบับถาวร ที่มีการบัญญัติเนื้อหาของหลักนิติธรรมอยู่ในรัฐธรรมนูญและกฎหมาย...ไว้ได้อย่างเป็นมาตรฐานสากล ความแตกต่างสำคัญระหว่างประเทศไทยกับประเทศอื่น น่าจะอยู่ที่การบังคับใช้กฎหมาย”[186]

ทำไมรัฐธรรมนูญจึงเขียนอย่างสวยหรูแต่ตรงข้ามกับความเป็นจริง? นักนิติศาสตร์แบบไทยจะมัวกังวลพยายามแสดงตัวว่าได้มาตรฐานสากลทำไมกัน? คงจะเป็นทำนองเดียวกับที่เมื่อไม่นานมานี้ รัฐบาลเผด็จการ คสช. ประกาศให้สิทธิ-มนุษยชนเป็นวาระแห่งชาติ (ข่าว 12 ก.พ. 2561) จะประกาศทำไม? เราจะอธิบายปรากฏการณ์นี้อย่างง่ายๆ ว่าเป็นการโฆษณาชวนเชื่อของรัฐหรือ? หรือเป็นการพูดอย่างทำอย่าง (hypocrisy) จนกลายเป็นนิสัยประจำชาติเป็นความเป็นไทย

---

[186] สมคิด 2560: 171

อีกอย่างที่พึงปฏิบัติกันทั่วทั้งระบบราชการไปแล้ว? มีผู้อธิบายไว้แล้วว่าไม่ใช่ทั้งการโฆษณาชวนเชื่อและไม่ใช่การพูดอย่างทำอย่าง แต่เป็นวัฒนธรรมอย่างหนึ่งของเถรวาทในไทย กล่าวคือในเมื่อถือว่าธรรมะเป็นสัจจะที่สูงและสำคัญกว่า จึงตอกย้ำความจริงแบบสัจจะที่เป็นจุดหมายว่าคือความจริง แม้ว่าในความจริงตามประสบการณ์จะยังไม่บรรลุถึงจุดหมายนั้นย่อมเป็นเรื่องธรรมดาของคนที่ยังไม่ดีพอ แต่ความจริงตามประสบการณ์เป็นความจริงชั้นรอง ไม่สำคัญพอที่จะต้องประกาศ[187]

แต่หากประชาชนเข้าใจผิดนึกว่าความจริงแบบสัจจะอันสวยหรูนั้นเป็นความจริงตามประสบการณ์จริงๆ เช่น นึกว่าประเทศไทยเป็นการปกครอง**ของ**กฎหมาย เคารพสิทธิมนุษยชนจริงๆ ฯลฯ ย่อมเป็นการหลอกตัวเอง หรือว่าหากเชื่ออย่างจริงจังว่าความจริงแบบสัจจะอันสวยหรูกับความจริงตามประสบการณ์อันอัปลักษณ์เป็นสิ่งเดียวกัน แถมลงโทษทำร้ายผู้ที่ไม่เชื่อตาม ความจริงพรรค์นั้นก็เป็นแค่ double-speak[188] ซึ่งหมายถึงศัพท์สำนวนที่มีความหมายตรงข้ามกับตัวอักษร เช่น เสรีภาพหมายถึงเป็นทาส จริงหมายถึงเท็จ ปฏิปักษ์ต่อรัฐธรรมนูญหมายถึงการต่อต้านรัฐประหาร ปกป้อง

[187] นิธิ 2538: 439–442 และ Streckfuss 2011: 73–74 ดังนั้น กองทัพไทยและตำรวจไทยจึงไม่มีคอร์รัปชัน พระสงฆ์ไทยสมถะดีงามไปหมด ข้าราชการไทยช่วยเหลือประชาชน ประเทศไทยไม่มีการค้าเซ็กส์ ฯลฯ

[188] คำว่า doublespeak มาจากหนังสือ*1984* ของ จอร์จ ออร์เวล

รัฐธรรมนูญหมายถึงการรัฐประหารฉีกรัฐธรรมนูญ เป็นต้น ถ้าเช่นนั้นนิติธรรม (The Rule of Law) คงจะหมายถึงนิติอธรรม (Rule by Law)

นิติศาสตร์แบบไทยกำลังพาเราไปทางไหน

บวรศักดิ์ กล่าวว่า ชาวตะวันตกไม่มีทางเข้าใจสถาบันกษัตริย์ในสังคมไทยจนมักจะเข้าใจผิดว่าสถาบันกษัตริย์เป็นศักดินาแปลงโฉม (คำของบวรศักดิ์) พระราชจริยวัตรของในหลวงรัชกาลที่ 9 ทำให้พระมหากษัตริย์ซึ่งดูเหมือนสถาบันทางการเมืองกลายเป็นสถาบันหลักทางสังคม เปรียบเสมือนพ่อของครอบครัวใหญ่และไม่ใช่ลักษณะเทวะแต่อย่างใด[189]

> "สิ่งเหล่านี้ไม่เคยมีในประเทศตะวันตกซึ่งเจริญทางวัตถุแต่เสื่อมทรามทางจิตใจ...ที่ไม่เคยอยู่ในประเทศที่ประมุขกับราษฎรมีความผูกพันอย่างอบอุ่นแนบแน่นเหมือน 'พ่อ' กับ 'ลูก' เพราะประมุขของคนตะวันตกเหล่านั้นคือ 'นักการเมือง' ที่มีความเท่าเทียมกับราษฎร

---

[189] บวรศักดิ์ 2549: 72–74

และความผูกพันระหว่างประมุขที่เป็นนักการเมืองกับประชาชนผู้เลือกตั้ง ก็เป็นความผูกพันทางการเมืองที่เมื่อหมดความผูกพันก็สิ้นความสำคัญลง คนเหล่านั้นจึงวิพากษ์วิจารณ์ด่าทอประมุขที่เป็นนักการเมืองของตนอย่างไรก็ได้ ภายใต้การอ้าง 'เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น' แต่คนไทยที่รักและเทิดทูน 'พ่อ' ของตัวเองทุกคนคงยอมไม่ได้ที่จะให้ใครมาวิพากษ์วิจารณ์พระมหากษัตริย์ผู้เป็น 'พ่อ' ของพวกเขาอย่างไม่เป็นธรรม นี่คือมิติทางสังคมวัฒนธรรมทางสถาบันพระมหากษัตริย์ไทยที่คนซึ่งไม่เคยได้ 'รู้สึก' (feel) คงจะเข้าใจยาก เหมือนคนที่ไม่เคยมีพ่อแม่เพราะกำพร้ามาแต่เกิด ก็คงไม่เคยรู้สึกและไม่มีวันเข้าใจความรู้สึก 'รัก' และ 'ผูกพัน' ระหว่างลูกกับพ่อแม่"[190]

โปรดสังเกตอารมณ์เกรี้ยวกราดที่แสดงออกมาอย่างชัดเจนในย่อหน้านี้ น่าสงสัยว่า 1) ถ้าหากเราจงรักภักดีเพราะตระหนักถึงความสำคัญของกษัตริย์ต่อสังคมไทย แต่ไม่ต้องมีอารมณ์หลงใหลคลั่งไคล้จนเกินกว่าจะใช้เหตุผล สังคมไทยจะยอมรับได้หรือไม่? 2) ถ้าหากมีคนที่ไม่เห็นด้วยกับแนว

[190] บวรศักดิ์ 2549: 74 น่าคิดว่าหากรังเกียจตะวันตกขนาดนั้นและเห็นว่าประเทศไทยพิเศษปานนั้น จะมัวพยายามป่าวร้องว่าประเทศไทยมีระบบกฎหมายตามหลักนิติธรรมแบบสากลทำไมกัน

ความคิดที่เลยเถิดเกินพอดีของลัทธิหลงใหลคลั่งไคล้กษัตริย์ คนไทยประเภทนี้มีสิทธิอยู่ในประเทศไทยหรือไม่ หากไม่ อะไรคือเหตุผล?

การใช้มาตรา 112 กล่าวหาผู้คนจำนวนมาก ปฏิเสธสิทธิประกันตัวของพวกเขา ตีความเกินเลยและลงโทษเกินเหตุ เหล่านี้เป็นผลลัพธ์ของอารมณ์เกรี้ยวกราด มิใช่ผลของความจงรักภักดีอย่างมีสติหรือมีเหตุผล ความจงรักภักดีที่เลยเถิดกลายเป็นความคลั่งไคล้ยึดติดจนกลายเป็นลัทธิบูชาเทวกษัตริย์คล้ายลัทธิทางศาสนาหรือความคลั่งไคล้ศาสดา การให้เหตุผลประเภท "กระทบกระเทือนจิตใจประชาชนอย่างรุนแรง" และ "เกิดเป็นคนไทยต้อง (คิดอย่างนั้นอย่างนี้ รู้สึกอย่างนั้นอย่างนี้)" เป็นอาการของความคลั่งศาสนาเกินกว่าการนับถือศาสนาตามปกติที่เรามักมีใจกว้างยอมรับผู้คนที่นับถือศาสนาต่างจากเราได้ ด้วยเหตุนี้ความผิดตามมาตรา 112 ซึ่งเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายอาญา มิใช่ส่วนหนึ่งของบทบัญญัติทางศาสนา จึงคลับคล้ายเป็นบทบัญญัติศาสนาไปแล้ว และการละเมิดมาตรานี้กลับกลายเป็น blasphemy (การดูหมิ่นศาสนาอย่างรุนแรง)[191]

---

[191] Mérieau 2018: 303 อ้างถึงข้อความว่า "เมื่อพระมหากษัตริย์ถูกวิพากษ์วิจารณ์อย่างไม่เป็นธรรม คนไทยส่วนใหญ่รู้สึกราวกับบิดาของตนถูกจาบจ้วง จึงไม่สามารถ

นิติศาสตร์แบบไทยกำลังทำให้กษัตริย์เป็นใหญ่แทบอยู่เหนือกฎหมาย กำลังทำให้กฎหมายที่เกี่ยวกับกษัตริย์กลายเป็นกฎหมายศาสนา เช่นนี้แล้วจะยอมให้คนที่ไม่สมาทานความเชื่อดังกล่าวมีเสรีภาพอยู่หรือไม่ หรือว่าไทยกำลังกลายเป็นรัฐศาสนาที่คับแคบและโหดร้าย เพียงแต่ไม่ใช่ศาสนาพุทธ คริสต์ อิสลาม หรืออื่นๆ แต่เป็นอภิศาสนาที่สูงกว่าศาสนาใดๆ (meta-religion) จึงยอมให้คนคิดต่างไม่ได้และต้องใช้กฎหมายบังคับอย่างเข้มงวด นี่เป็นแนวโน้มประการแรกของนิติศาสตร์แบบไทยโดยเฉพาะราชนิติธรรม

อย่างไรก็ตาม เราจะพบว่าทฤษฎีหรือแนวความคิดทั้งหลายที่ใช้อธิบายเพื่อค้ำจุนราชนิติธรรม ทั้งประวัติศาสตร์แบบราชานิตินิยมและมโนทัศน์เรื่องธรรมราชาผู้ทรงทศพิธราชธรรมและบำเพ็ญกรณียกิจยิ่งใหญ่เพื่อมหาชนชาวสยาม เหล่านี้แทบทั้งหมด ล้วนอิงอยู่กับเรื่องเล่าเกี่ยวกับพระเจ้าอยู่หัวรัชกาลที่ 9 เท่านั้น หากมีการกล่าวถึงพระมหากษัตริย์พระองค์อื่นก็เพียงเพื่อเสริมให้บารมีของรัชกาลที่ 9 สูงเด่นขึ้น ถ้าเช่นนั้นราชนิติธรรมจะเหมาะสมกับเวลาอื่น ภายหลังรัชสมัยของ

ทนได้ในทำนองเดียวกับที่คนไทยรับไม่ได้ถ้าหากมีใครดูหมิ่นพระพุทธเจ้าหรือพระพุทธรูป" ซึ่งมาจาก Bowornsak Uwanno, _Lese-majeste: A Distinctive Character of Thai Democracy amidst the Global Democratic Movement_, (KPI, 2009): 34

รัชกาลที่ 9 ได้หรือ?

มีความเป็นไปได้อย่างน้อย 2 ทิศทาง คือ หนึ่ง ขึ้นอยู่กับรัชสมัยต่อๆ มาว่าจะสามารถยืนยันว่าพระมหากษัตริย์เป็นหลักสูงสุดของกฎหมายและความยุติธรรมได้ทุกยุคทุกสมัยหรือไม่ กล่าวตามแนวคิดของฮินดู–พุทธนั้น บารมีส่งผ่านกันไม่ได้ พระมหากษัตริย์แต่ละพระองค์จะเป็นที่ยอมรับนับถือสูงส่งแค่ไหนย่อมขึ้นอยู่กับบารมีที่สร้างขึ้นโดยพระองค์เอง บทเรียนจากหลังพระปิยมหาราชช่วยให้เราเห็นเป็นรูปธรรมว่าพระบารมีที่ยิ่งใหญ่ของพระปิยมหาราชเป็นปัจจัยทั้งบวกและภาระเกินแบกรับของรัชสมัยต่อมา เพียง 22 ปีหลังพระปิยมหาราชก็เกิดการปฏิวัติ 2475 ซึ่งมีจุดหมายต้องการให้พระมหากษัตริย์อยู่ใต้กฎหมาย ไม่ใช่อยู่เหนือกฎหมายอย่างในระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ แม้ว่าผู้ก่อการทุกคนจะยังคงนับถือพระปิยมหาราชผู้ทรงเป็นเสาหลัก (ในความทรงจำ) ของระบอบนั้นก็ตาม

ทิศทางที่สอง พระบารมีของพระปิยมหาราชที่อาจดูเจือจางลงเพียง 20 ปีหลังสวรรคต หากมองจากอีกมุมหนึ่งกลับพบว่าแรงกล้าจนเป็นพลังให้เกิดการฟื้นฟูพระราชอำนาจของกษัตริย์ในรูปการต่างๆ สืบทอดมรดกของสมบูรณา–

ญาสิทธิราชย์ในหลายด้านในหลายทศวรรษหลัง 2475 ในแง่นี้เราอาจกล่าวได้ว่าพระบารมีของพระมหากษัตริย์ที่ยิ่งใหญ่สามารถตกทอดไปยังรัชสมัยต่อๆ มาในแบบที่เป็น "สถาบัน" หมายความว่าพระปิยมหาราชเป็นทั้งกษัตริย์พระองค์หนึ่งในอดีตและเป็น "บุคลาธิษฐาน" (iconography) ของระบอบ คือมีสถานะเกินกว่าเป็นกษัตริย์พระองค์หนึ่งกลายเป็น "สถาบัน" ที่ส่งผลยืนยาวไม่ว่าพระมหากษัตริย์องค์ต่อๆ มาจะมีบารมีมากกว่าหรือน้อยกว่าสักเพียงใดก็ตาม

> "จะทำอย่างไร จะทำอย่างไรให้สถาบันนี้อยู่เหนือการเปลี่ยนแปลงทางการเมืองทุกรูปแบบและเป็น 'สถาบันทางสังคมวัฒนธรรม'...โดยไม่มีลักษณะเป็น 'สถาบันทางการเมือง'"[192]

นี่คือความพยายามของปราชญ์อย่างพระองค์เจ้าธานี-นิวัตผู้พยายามทำให้ประวัติศาสตร์ไทยตั้งแต่สุโขทัยเป็นประวัติศาสตร์ที่เกื้อหนุนสถาบันกษัตริย์ในระยะยาวไม่ว่าในรัชสมัยใด นี่คงเป็นความปรารถนาและความพยายามของปัญญาชนฝ่ายกษัตริย์นิยมในปัจจุบัน คือทำให้พระเจ้าอยู่หัว

[192] บวรศักดิ์ 2550: 209

รัชกาลที่ 9 เป็น "บุคลาธิษฐาน" ของระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขในทางการเมืองและของนิติศาสตร์แบบราชนิติธรรม เป็น "สถาบัน" ที่ปกแผ่คุ้มครองรัชสมัยต่อๆ ไปในระยะยาวด้วย นี่เป็นแนวโน้มประการที่สอง

ความพยายามนี้มีอยู่มากมายหลายกระบวนการและดูเหมือนจะไม่ใช่ความบังเอิญ มาตรการสำคัญอย่างหนึ่งก็คือทำสิ่งที่จอร์จ ออร์เวล เคยกล่าวไว้ "ถ้าควบคุมอดีตได้ ก็จะควบคุมอนาคตได้ ถ้าควบคุมปัจจุบันได้ ก็จะควบคุมอดีตได้" แต่ความพยายามนี้จะสำเร็จหรือไม่ มากหรือน้อย ยังขึ้นกับปัจจัยอื่นๆ อีกหลายอย่าง เพราะอดีตไม่ใช่สิ่งที่จะสามารถควบคุมได้ง่ายๆ เพราะปัจจุบันไม่ใช่สิ่งที่จะสามารถบงการได้ทั้งหมด

ความพยายามสร้างบุคคลธิษฐานของรัชกาลที่ 9 โดยอิงอยู่กับเรื่องเล่าแบบทางราชการนั้น โปรดตระหนักว่าประวัติศาสตร์มีหลายด้านเสมอ ในอนาคตอาจมีผู้มองไปยังรัชสมัยที่ผ่านไปแล้วสรุปว่าเป็นรัชสมัยที่เริ่มต้นด้วยอภิสิทธิ์ปลอดความผิดครั้งใหญ่ที่สุด และจบรัชสมัยด้วยภาวะที่พระราชอำนาจแทบจะอยู่เหนือกฎหมาย เท่ากับว่าเป็นยุคเสื่อมของ The rule of law ทัศนะประวัติศาสตร์เช่นนี้ปิดบังไม่ได้แล้ว

ดังนั้นอนาคตจึงอยู่นอกเหนือจากการควบคุมโดยสมบูรณ์ ความพยายามควบคุมปัจจุบันยังกลับก่อผลตรงกันข้ามก็ได้ดังที่เคยเกิดขึ้นแล้ว การควบคุมอดีตก็ยากขึ้นในภาวะที่ความทรงจำไม่ได้เป็นเพียงวัตถุหรือสิ่งก่อสร้างที่รื้อทำลายได้ ทำให้หายวับไปได้ แต่กลับโลดแล่นในปริมณฑลสาธารณะ (public sphere) ที่รัฐคุมไม่ได้ แถมมีผู้เข้าร่วมผลิตความทรงจำนับไม่ถ้วน ไล่คนพวกนี้ออกนอกประเทศไม่มีทางหมด

สำหรับกฎหมายแล้ว ความขัดแย้งขัดฝืนของราชนิติธรรมกับการปกครอง**ของ**กฎหมายแบบบรรทัดฐาน ปรากฏอยู่ทุกวี่วันให้เราได้รับรู้ ความขัดแย้งเช่นนี้ไม่มีทางขจัดให้หมดไปได้ เพราะเป็นการขัดฝืนกับกระแสและแนวโน้มความเปลี่ยนแปลงทางสังคมการเมือง อย่างไรก็ตาม ความพยายามของฝ่ายกษัตริย์นิยมที่ฝืนความเปลี่ยนแปลงอยู่นี้ จะส่งผลสำคัญไปถึงรุ่นลูกหลานไม่ว่าจะสำเร็จหรือล้มเหลวก็ตาม คงจะเป็นมรดกที่น่าปวดหัวแก่รุ่นลูกหลานต่อไปอีกนานมาก

อดีตนักการทูตประจำประเทศไทยท่านหนึ่งตั้งข้อสังเกตว่า

> “ในประเทศไทย บางครั้งกฎหมายก็ยิ่งใหญ่ที่สุด แต่ในหลายครั้งผู้ยิ่งใหญ่กลับใหญ่กว่ากฎหมาย ... บางครั้ง

ภาวะใหญ่กว่ากฎหมายไปกันไม่ได้กับ The Rule of Law ...คนไทยบางคนจึงเชื่อว่าเทพารักษ์น่าจะสามารถปกป้องพวกเขาได้ทั้งจากกฎหมายและจากพวกนอกกฎหมาย"[193] นักนิติศาสตร์ชาวต่างชาติผู้เชี่ยวชาญกฎหมายไทยอีกคนหนึ่งกล่าวว่า "...พระมหากษัตริย์ในศตวรรษที่ 19 ได้วางรากฐานจากการปกครอง**ของ**กฎหมายในสังคมไทย แต่การที่พระมหากษัตริย์กลายเป็นปัจจัยเหนือรัฐธรรมนูญ กลับจะทำให้หลักการนั้นปั่นป่วน อุดมการณ์ชาติ ศาสน์ กษัตริย์ ไปกันไม่ได้กับการใช้กฎหมายอย่างเสมอภาค...และได้กลายเป็นอุปสรรคสำคัญต่อการปกครอง**ของ**กฎหมาย"[194]

ชาวต่างชาติสองรายนี้อาจเป็นฝรั่งที่ "ไม่มีทางเข้าใจความสัมพันธ์แบบพ่อกับลูกของสังคมไทย เพราะพวกนี้รู้จักแต่ประมุขที่เป็นนักการเมืองที่เท่าเทียมกับเขา" แต่เราจะปิดหูปิดตาตัวเองไปถึงไหนกัน จะฟังเฉพาะสิ่งที่เราชอบและเกรี้ยวกราดดูหมิ่นอาฆาตมาดร้ายกับคนเห็นต่างจากเราไปถึงไหนกัน

---

[193] Wise 2018: 196–197

[194] Dressel 2018: 10 and 3 ตามลำดับ

ความปรารถนาและความหวัง

ความพยายามฝืนความเปลี่ยนแปลงจะส่งผลสำคัญไปถึงรุ่นลูกหลานไม่ว่าจะสำเร็จหรือล้มเหลวก็ตาม คงจะเป็นมรดกที่น่าปวดหัวแก่รุ่นลูกหลานต่อไปอีกนานมาก ... คนที่เห็นต่างล้วนพยายามทัดทานการเดินหน้าไปในทิศทางที่พวกเขาเกรงว่าจะอันตรายทั้งต่อประเทศ ต่อการเมือง ต่อระบบกฎหมายตุลาการ และอาจต่อสถาบันพระมหากษัตริย์ในระยะยาวด้วย ก็เพราะที่นี่ ...ประเทศไทย... เป็นบ้านของเขาด้วยเช่นกัน เขาเป็นเจ้าของแผ่นดินนี้มากเท่าๆ กับคนอื่นๆ อีก 70 กว่าล้านคน หากไม่โดนบังคับ พวกเขาก็คงเลือกตายที่นี่เพราะความผูกพันกับบ้านเกิดเมืองนอนข้ามพ้นอุดมการณ์ทางการเมือง

หากพยายามสงบใจสักนิด ตัดการแบ่งข้างแบ่งขั้วทางการเมือง พิจารณาอย่างมีสติจะพบว่าความเห็นของคนอย่างวรเจตน์ ภาคีรัตน์ มิใช่ความเห็นที่รุนแรงก้าวร้าวและมิใช่ความคิด “ราดิกัล” แต่อย่างใด ความคิดของเขาไม่เข้าข่าย นิติศาสตร์แนววิพากษ์ที่ถือว่า “ราดิกัล” แม้แต่น้อย[195] เป็นแต่เพียงความคิดที่ยืนอยู่บนหลักการของนิติศาสตร์แบบบรรทัดฐาน (norma-

---

[195] ดู จรัญ 2555 ว่านิติศาสตร์แนววิพากษ์หมายถึงอย่างไร

tive) ทั้งนั้น หากมองจากภายนอกสังคมไทย จะพบว่าคณะนิติราษฎร์และวรเจตน์ออกจะอนุรักษนิยมด้วยซ้ำไป คือความคิดเหมือนกับกระแสหลักทางวิชาการนิติศาสตร์ทั่วๆ ไปในโลก

ถ้าเช่นนั้นอะไรเล่าที่ทำให้ความคิดทำนองดังกล่าวกลับดูท้าทาย ทวนกระแส หรือถูกมองจากบางคนว่าเป็นความคิดที่อันตรายเสียเหลือเกิน คำตอบก็คือเพราะอำนาจหลักทางการเมืองของไทย กระแสหลักทางวัฒนธรรมความคิดรวมทั้งในวงการปัญญาชน และนิติศาสตร์ของไทยในยุคปัจจุบันได้ถอยหลังไปสุดกู่ ถอยหลังไปเกินกว่ากระแสหลักในทางการเมืองและทางวิชาการของที่อื่นๆ ในโลก ถอยหลังไปเกินกว่ากระแสหลักของสังคมไทยก่อนหน้า 2549 ในภาวะถอยหลังเช่นนี้ ความคิดที่ยืนยันมั่นคงหลักการและความเห็นตามธรรมดาของวงการนิติศาสตร์เมื่อ 10–20 ปีก่อนจึงกลายเป็นความคิดที่ก้าวหน้าขึ้นมาทันที

สิบกว่าปีที่ผ่านมา ประเทศไทยกระโดดถอยหลังไปหลายช่วงอย่างเหลือเชื่อ เพราะเรากลัดกระดุมผิดเม็ดแล้วทำผิดซ้ำทับถมครั้งแล้วครั้งเล่าใน 70 กว่าปีที่ผ่านมา เพราะเราไม่ตระหนักว่าพื้นฐานของนิติศาสตร์สมัยใหม่ของเราเป็นนิติรัฐอภิสิทธิ์และราชนิติธรรม

ประชาธิปไตย เสรีภาพ ของประชาชน
ความสันติสุขและผาสุก ของประชาชน
เป็นสิ่งที่ผมปรารถนา
รักและคิดถึง
ป๋วย

นี่คงเป็นสิ่งที่เราทุกคนปรารถนาเช่นกัน ความปรารถนานี้หมายถึงไม่ควรมีอภิสิทธิ์ให้แก่รัฐหรือผู้มีอำนาจและผู้ยิ่งใหญ่คนไหนก็ตาม ทุกคนต้องเท่ากันเบื้องหน้ากฎหมายและต้องไม่มีอภิสิทธิ์ที่น่ารังเกียจอย่างอภิสิทธิ์ปลอดพ้นความผิด

ต้องไม่ตะแบงด้วยเหตุผลไร้ยางอายหรือด้วยวิชาการวิปริตเพื่อปกป้องรักษาอภิสิทธิ์ของรัฐหรือของคนบางกลุ่ม ต้องไม่หลอกตัวเองเพื่อให้ความชอบธรรมแก่อภิสิทธิ์ชนหรือเพียงเพราะเขามีอำนาจหรือเป็นเจ้า แล้วกลับกล่าวหาคนกล้าที่จะเรียกร้องกล้าเผชิญหน้ากับปัญหาว่าดัดจริตบ้าง ชังชาติบ้าง

กุญแจสองประการเพื่อจะไขประตูสู่อนาคตของประเทศนี้ได้แก่ เสรีภาพและความยุติธรรม

ทุกคนต้องการ "โอกาส" หมายถึงโอกาสแบบที่ไม่ต้องรอประทานจากรัฐหรืออินทร์พรหมหน้าไหน ประชาชนยินดีสร้างตัวเองขึ้นมาด้วยความอุตสาหะ ความยุติธรรมเป็นเงื่อนไขพื้นฐานของโอกาสชนิดนี้ อำนาจรัฐต้องมีบทบาทอำนวยการให้เกิดโอกาสและเป็นไปอย่างยุติธรรม จากนั้นเป็นความรับผิดชอบของแต่ละคนที่จะเลือกทางชีวิตและตัดสินใจถูกผิดด้วยตัวเอง

เงื่อนไขพื้นฐานของโอกาสอีกอย่างหนึ่งคือเสรีภาพ เพื่อการสร้างสรรค์ทางเลือกต่างๆ มากมาย ความริเริ่มใหม่ๆ จินตนาการ และความฝัน เสรีภาพหมายถึงภาวะที่ปราศจากความกลัว สามารถมองไปข้างหน้าได้อย่างเบิกบาน ด้วยความกล้าและมั่นใจในการสร้างความปรารถนาให้เป็นความจริง อยากเป็นไทยที่ไม่มีใครในโลกเข้าใจหรืออยากตามอุดมคติอื่นๆ ล้วนไม่ควรถือเป็นความผิด ไม่ควรถูกหาว่าดัดจริตหรือชังชาติ ถ้าไม่เห็นด้วยก็เถียงกันทะเลาะกันไป ไม่ชอบหน้ากันไม่ต้องคบกันก็ได้ มีคนอื่นให้เราคบอีกมากมาย แต่อย่าปิดปากทำร้ายกัน ไม่ต้องข่มขู่คุกคาม ไม่ใช้ความรุนแรงต่อกัน เพราะเป็นการทำลายความคิดสร้างสรรค์ ความคิดใหม่ๆ ที่อาจเป็นทางเลือกของประเทศชาติในความเปลี่ยนแปลงก็ได้

ต้องให้เสรีภาพแก่ความคิดทั้งหลายอย่างยุติธรรม ความคิดที่ไม่เหมาะกับยุคหนึ่งอาจเหมาะกับยุคถัดไปก็ได้ ปล่อยให้ประชาชนเลือกเอง

หลายคนเห็นว่านี่เป็นอุดมคติ คงยังอีกไกลกว่าประเทศไทยจะไปถึงหลักการเหล่านี้ แถมเราไม่มีประวัติศาสตร์เหมือนอย่างประเทศที่ใช้หลักการปกครอง**ของ**กฎหมาย ผู้เขียนเห็นด้วยว่าหลักการเหล่านี้สามารถเป็นอุดมคติของคนได้ทั้งโลกหากเขาต้องการ หากเราต้องการอย่างนั้น แม้ไม่มีประวัติศาสตร์เหมือนอย่างประเทศอื่น เราก็สร้างแบบของเราเอง เพียงแต่ว่าจะต้องเผชิญอุปสรรคอย่างไรบ้าง และรูปร่างหน้าตารูปธรรมของอุดมคตินั้น ย่อมเป็นเรื่องของประวัติศาสตร์เฉพาะแต่ละสังคม มนุษย์มีประวัติศาสตร์เฉพาะต่างกัน แต่มนุษย์ทั้งโลกมีประวัติศาสตร์ทั่วไปไม่ต่างกันนัก

เราจะปฏิเสธอดีต จารีตประเพณี หรือเงื่อนไขที่เป็นจริงของสังคมไทยย่อมไม่ได้ แต่ไม่ได้หมายความว่าเราจะตั้งความปรารถนาแล้วหาหนทางเดินไปข้างหน้าสู่จุดหมายนั้นตามเงื่อนไขของเราเองไม่ได้ ความเข้าใจว่าสิ่งที่เป็นจารีตประเพณีคือความถูกต้อง ความเป็นไทยคือความถูกต้องที่พึงปรารถนาในตัวเองเป็นความเข้าใจที่ผิด อันที่จริงเราเดินมาถึงปัจจุบัน

นี้ได้ก็เพราะบรรพบุรุษของเราทุกรุ่นพยายามสร้างสรรค์สิ่งใหม่ๆ ตั้งความปรารถนาแล้วบุกเบิกทางไปข้างหน้า พยายามสร้างความปรารถนาให้เป็นจริงมาตลอดทุกรุ่น อดีตและจารีตประเพณีมิได้เป็นสิ่งที่เราต้องยึดมั่นอย่างตายตัวเพื่อปฏิเสธการเปลี่ยนแปลง แต่เป็นฐานรองรับให้เราก้าวไปข้างหน้าต่างหาก

ท่านคิดว่าพระเจ้าอยู่หัวรัชกาลที่ 5 มีความมุ่งมั่น (สปิริต/spirit) อย่างไรจึงกระทำการหาญกล้าเปลี่ยนแปลงประเทศขนานใหญ่เช่นนั้น พระองค์ต่อสู้กลุ่มอนุรักษนิยมในยุคนั้นตั้งแต่ช่วงที่พระองค์ยังไม่มีอำนาจจริง การเปลี่ยนแปลงใหญ่ขนาดนั้นนับจากต้นจนสิ้นรัชกาล สะท้อนความความมุ่งมั่นและกล้าหาญทั้งทางสติปัญญาและการปฏิบัติ คุณสมบัติแบบนี้หาได้ยากไม่ว่าในฝ่ายไหน พวกอนุรักษนิยมที่นิยมเจ้าในปัจจุบันกล่าวหาคนอื่นว่าชังชาติ เพราะไม่พอใจประเทศไทยอย่างที่เป็นอยู่ กล่าวหาคนที่กล้าตั้งความปรารถนาจะเปลี่ยนแปลงให้ประเทศไทยดีขึ้นว่าดัดจริต คนพวกนี้ทำตัวไม่ต่างจากพวก “สยามเก่า” ซึ่งพยายามขัดขวางพระพุทธเจ้าหลวงสารพัด และหากพวก “สยามเก่า” รู้ศัพท์แสงของปัจจุบัน คงกล่าวหาพระเจ้าอยู่หัวรัชกาลที่ 5 ว่าชังชาติ

อาจารย์ป๋วยเลื่องชื่อในเรื่องความซื่อสัตย์ เรามักเข้าใจว่าความซื่อสัตย์ของท่านหมายถึงการไม่โกงกินเท่านั้น แต่ความซื่อสัตย์ของท่านยังหมายถึงไม่ทรยศตัวเอง ท่านมีหลักบางอย่างที่ตนยอมงอไม่ได้ ขออยู่ไม่เป็นถึงแม้จะทำให้อยู่ไม่ได้ก็ตาม คนเราจะคงความสัตย์ต่อหลักการได้ต้องมีความกล้าหาญที่จะรับผลของการไม่ยอมงอ ท่านคงปฏิเสธคำวิจารณ์ในหลายเรื่องไม่ได้เพราะท่านเป็นมนุษย์ปกติที่มีข้อดีข้ออ่อน แต่คงไม่มีใครสงสัยในความกล้าหาญของท่านที่จะไม่ยอมงอในยามวิกฤต คุณสมบัติข้อนี้หาได้ยากในประเทศไทย

ประเทศนี้หาผู้กล้าหาญที่จะ "ไม่ยื่นดาบให้กับพระมหากษัตริย์" ดังที่กฎมณเฑียรบาลได้บัญญัติไว้ในสมัยอยุธยาได้ยากเหลือเกิน แต่เราเห็นคนในวิชาชีพกฎหมายเบียดเสียดแย่งกันเข้าประตูห้องประชุมวุฒิสภา

เพราะเหตุนี้เอง ประชาชนจึงต้องต่อสู้เอาเองเพื่อการปกครอง**ของ**กฎหมาย เพื่อความยุติธรรม

คนอย่าง สมยศ พฤกษาเกษมสุข ดารณี ชาญเชิงศิลปะกุล ภรณ์ทิพย์ มั่นคง ปติวัฒน์ สาหร่ายแย้ม ไผ่ ดาวดิน และคุณพ่อคุณแม่ของเขา สิรภพ หรือ "รุ่งศิลา" และปัจเจกบุคคลอีกมากมายที่เอาตัวเข้าแลกเพื่อต่อสู้กับความอยุติธรรมใน

จังหวัดชายแดนใต้และกรณีอื่นๆ สักวันหนึ่งคนเหล่านี้จะได้รับการยอมรับ บันทึกอยู่ในความทรงจำของสังคมว่า เขาเป็นคนที่ไม่ยอมก้มหัวให้กับความอยุติธรรมของหลักราชนิติธรรมและนิติรัฐแบบไทยๆ

กลุ่มนักกฎหมายผู้ทำงานอย่างหนักเพื่อต่อสู้กับระบบกฎหมายอยุติธรรมอย่างเช่นศูนย์ทนายความเพื่อสิทธิมนุษยชนและโครงการ iLaw คือผู้บุกเบิกที่สร้างความปรารถนาถึง The Rule of Law ให้เป็นความจริง เฝ้าบอกแก่เราท่านด้วยการกระทำของเขาว่า นิติศาสตร์และระบบกฎหมายที่ยุติธรรมเป็นไปได้

ประเทศไทยต้องการการปกครอง**ของ**กฎหมาย ไม่ใช่การปกครองของผู้ยิ่งใหญ่**ด้วย**กฎหมาย

ไม่ใช่นิติอธรรม.

ขอขอบคุณ

Institute of Developing Economies (IDE-JETRO) ประเทศญี่ปุ่น ที่ให้โอกาสผู้เขียนเป็นผู้วิจัยอาวุโสระหว่างปี 2017 ถึง 2019 และให้ทุนสำรวจงานประวัติศาสตร์กฎหมายไทยในปี 2018 ขอขอบคุณ Japan Society for the Promotion of Science (JSPS) ที่ให้ทุนสนับสนุนการวิจัยในปี 2019 ขอขอบคุณบุคคลต่อไปนี้ที่ให้ความรู้แก่ผู้เขียนในหลายประเด็น Maitrii Aung-Thwin, Nick Cheesman, Tyrell Haberkorn, Shinya Imaizumi, Frank Munger, จรัญ โฆษณานันท์, สมชาย ปรีชาศิลปกุล และ เข็มทอง ต้นสกุลรุ่งเรือง ขอขอบคุณธนาพล อิ๋วสกุล และ นฤมล กระจ่างดารารัตน์ ที่ช่วยเหลือค้นหาเอกสาร และขอขอบคุณศูนย์ทนายความเพื่อสิทธิมนุษยชน (TLHR) และโครงการอินเทอร์เน็ตเพื่อกฎหมายประชาชน (iLaw) สำหรับข้อมูลข่าวสารจำนวนมากเกี่ยวกับกฎหมายและคดีที่เกี่ยวข้องกับการเมืองและสิทธิมนุษยชน และสำหรับความทุ่มเทเสียสละเพื่อการปกครองของกฎหมายและความยุติธรรม

เอกสารอ้างอิง

เอกสารกองจดหมายเหตุแห่งชาติ

กจช. ร.5 ม. 1.3/2 พระราชบัญญัติยกเลิกวิธีพิจารณาความผู้ร้ายตามจารีตนครบาล ร.ศ. 115 (2439)

กจช. ร.5 ย. 1/71 เอกสารกรมราชเลขาธิการรัชกาลที่ 5 กระทรวงยุติธรรม เรื่อง คำอธิบายชื่อกฎหมาย (ไม่ปรากฏปี).

หจช. ร.5 ย. 23/3 เอกสารกรมราชเลขาธิการรัชกาลที่ 5 กระทรวงยุติธรรม เรื่อง ทำโค้ดสำหรับเมืองไทย (2 ธ.ค. 122–12 พ.ค. 127).

กจช. ร.5 ย. 23/4 เอกสารกรมราชเลขาธิการรัชกาลที่ 5 กระทรวงยุติธรรม เรื่อง ร่างโค้ดกฎหมายอาญา (ร.ศ. 124–129) มีหนังสือดังต่อไปนี้

1) DRAFT PROPOSED PENAL CODE FOR THE KINGDOM OF SIAM. august, R.S. 124 จำนวน 3 เล่ม เล่มละ 169 หน้า

2) REPORT ON THE PROPOSED PENAL CODE FOR THE KINGDOM OF SIAM … (รายงานการเสนอร่างกฎหมายอาญาทูลถวายกรมหมื่นราชบุรีดิเรกฤทธิ์ เสนาบดีกระทรวงยุติธรรม) จำนวน 2 เล่ม เล่มละ 40 หน้า ร.ศ. 124

3) หนังสือร่างโค้ดกฎหมายอาญาสำหรับกรุงสยาม เป็นภาษาไทยและอังกฤษ จำนวน 2 เล่ม เล่มละ 170 หน้า ร.ศ. 125

4) REVISED DRAFT OF THE PROPOSED PENAL CODE FOR THE KINGDOM OF SIAM. April R.S. 126 1 เล่ม จำนวน 99 หน้า

5) MINISTRY OF JUSTICE REPORT ON THE PROPOSED CODE OF PENAL PROCEDURE FOR THE KINGDOM OF SIAM. จำนวน 1 เล่ม มี 112 หน้า ร.ศ. 129

กจช. ร.5 ย. 3–27 George Padoux Report on the Proposed Penal Code for the Kingdom of Siam Submitted to His Royal Highness Prince Rajburi Direckrit, Minister of Justice, 6 August 1906

กจช. ร.6 ย. 2/11 เอกสารกรมราชเลขาธิการรัชกาลที่ 6 กระทรวงยุติธรรม เรื่อง ข้อปัญหากฏหมายที่ว่าด้วยอำนาจเจ้าของพระองค์เจ้าจรูญ (26 พ.ค. 2454).

กจช. ร.6 ย. 2/14 เอกสารกรมราชเลขาธิการรัชกาลที่ 6 กระทรวงยุติธรรม เรื่อง ประกาศเรื่องให้ศาลออกหมายยึดทรัพย์ข้าราชการได้อย่างชนสามัญ. ไม่ต้องนำความขึ้นขอพระบรม-ราชานุญาตก่อน (21–22 มี.ค. 2455)

กจช. ร.6 ย. 2/38 เอกสารราชกรมเลขาธิการรัชกาลที่ 6 กระทรวงยุติธรรม เรื่อง ประกาศเรื่องข้าราชการขั้นสัญญาบัตร ต้องหาเป็นจำเลยในคดีอาญา (23 มิ.ย. 2465)

หนังสือและบทความภาษาไทย

กนิษฐา ชิตช่าง 2532, “มูลเหตุของการร่างกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127”, วิทยานิพนธ์ศิลปศาสตรมหาบัณฑิต (ประวัติศาสตร์) มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

กฤษฎา บุณยสมิต 2548, “พระอัจฉริยภาพด้านนิติศาสตร์ของพระบาทสมเด็จพระพุทธยอดฟ้าจุฬาโลกมหาราช”, ใน วินัย บก. 2548ก (ดูข้างล่าง)

กฤษณ์ วงศ์วิเศษธร 2556, “มโนทัศน์เกี่ยวกับกฎหมายจารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญ”, วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

กฤษณ์พชร โสมณวัตร 2562, “การประกอบสร้างอำนาจตุลาการในสังคมไทยสมัยใหม่”, วิทยานิพนธ์ปริญญาเอก(ประวัติศาสตร์) มหาวิทยาลัยเชียงใหม่

เกษม ศิริสัมพันธ์ และ แสวง บุญเฉลิมวิภาส 2533, “ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย: แนวทางในการบุกเบิกทางวิชาการ”, ใน ไทยคดีศึกษา: รวมบทความทางวิชาการเพื่อแสดงมุทิตาจิตอาจารย์พันเอกหญิง คุณนิออน สนิทวงศ์ ณ อยุธยา สุนทรี อาสะไวย์ และคณะบรรณาธิการ, กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ หน้า 19–36

กิตติศักดิ์ ปรกติ 2556, การปฏิรูประบบกฎหมายไทยภายใต้อิทธิพลยุโรป, (พิมพ์ครั้งที่ 4) กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน

กำชัย จงจักรพันธ์ 2555, “หลักนิติธรรม”, บทบัณฑิตย์ เล่ม 68 ตอน 4 เดือนธันวาคม 2555, หน้า 32, 38

กำชัย จงจักรพันธ์ 2557, “หลักนิติรัฐ VS หลักนิติธรรม”, (http://www.thaiihdc.org/web/index.php?option=com_content&view=article&id=1107:-vs-&catid=16:2557-06-25-06-51-47 เข้าถึงเมื่อ 7 มกราคม 2563)

คณะอนุกรรมการวิชาการว่าด้วยหลักนิติธรรมแห่งชาติ 2557, หลักนิติธรรม The Rule of Law ความหมายสาระสำคัญ และผลของการฝ่าฝืนหลักนิติธรรม, กรุงเทพฯ: คณะกรรมการอิสระว่าด้วยการส่งเสริมหลักนิติธรรมแห่งชาติ

จรัญ โฆษณานันท์ 2528, กฎหมายกับสิทธิเสรีภาพในสังคมไทย: เส้นขนานจาก 2475 ถึงปัจจุบัน, กรุงเทพฯ: กลุ่มประสานงานศาสนาเพื่อสังคม

จรัญ โฆษณานันท์ 2553, "บริบททางสังคมและประวัติศาสตร์ของอุดมการณ์ 'หลักนิติธรรม'", ใน เอกบุญ 2553 (ดูข้างล่าง), หน้า 52–85

จรัญ โฆษณานันท์ 2555, นิติปรัชญาแนววิพากษ์, (พิมพ์ครั้งที่ 2) กรุงเทพฯ: นิติธรรม

จันทจิรา เอี่ยมมยุรา 2553, "หลักนิติธรรม (The Rule of Law) กับการพัฒนากระบวนการยุติธรรมในสังคมไทย", ใน เอกบุญ 2553 (ดูข้างล่าง), หน้า 276–299

จิตติ ติงศภัทิย์ 2529, หลักวิชาชีพนักกฎหมาย, (พิมพ์ครั้งที่ 5) กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

จิตติ ติงศภัทิย์ 2548, "บทบาทของนักกฎหมายกับ 'เทศกาลบ้านเมือง'", ใน สมยศ เชื้อไทย นิติปรัชญา 2548 (ดูข้างล่าง), หน้า 201–207

จุงโซ อิอิดะ 2530, "การรับกฎหมายสมัยใหม่จากตะวันตกในประเทศญี่ปุ่น: ศึกษาเปรียบเทียบกับกรณีของประเทศไทย", วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

จุลกิจ รัตนมาศทิพย์ 2552, กดหมายกับกดหัว, กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์ล้านคำ

ชัชพล ไชยพร 2561, ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย ภาคก่อนปฏิรูป, กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน

ชัยพงษ์ สำเนียง 2562, “กฎหมายที่แย่ไม่มีเสียดีกว่า: พ.ร.บ.ป่าชุมชน 2562 อำนาจของประชาชน หรือวาทกรรมอำพรางของรัฐ”, ประชาไท 7 ธันวาคม

ชัยอนันต์ สมุทวณิช และ สุวดี เจริญพงศ์ 2522, การเมืองการปกครองไทยสมัยใหม่: รวมงานวิจัยทางประวัติศาสตร์และรัฐศาสตร์, กรุงเทพฯ: เอกสารวิชาการของสมาคมสังคมศาสตร์แห่งประเทศไทย

ชาคริต อนันทราวัน 2557, ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย, กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

ชาญชัย แสวงศักดิ์ 2539, อิทธิพลของฝรั่งเศสในการปฏิรูปกฎหมาย, กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์นิติธรรม

ชาญณรงค์ บุญหนุน 2548, “พระธรรมศาสตร์” ใน วินัย บก. 2548ข (ดูข้างล่าง)

ชุติมาภรณ์ จิตจำ 2556, “ปัญหากฎหมายรักษาความมั่นคงภายในราชอาณาจักร: ศึกษาการบังคับใช้และการคุ้มครองสิทธิของบุคคล”, วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

ไชยันต์ ไชยพร 2559, ประเพณีการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข: บทวิเคราะห์มาตรา 7 จากมุมมองทางรัฐศาสตร์, กรุงเทพฯ: สถาบันพระปกเกล้า

ธเนศ อาภรณ์สุวรรณ 2556, "สิทธิ" และ "เสรีภาพ" ใน ประวัติศาสตร์การเมืองไทย, กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

ธงชัย วินิจจะกูล 2556, ประชาธิปไตยที่มีกษัตริย์เหนือการเมือง, นนทบุรี: สำนักพิมพ์ฟ้าเดียวกัน

ธงชัย วินิจจะกูล 2562, เมื่อสยามพลิกผัน: ว่าด้วยกรอบมโนทัศน์พื้นฐานของสยามยุคสมัยใหม่ นนทบุรี: สำนักพิมพ์ฟ้าเดียวกัน

ธานินทร์ กรัยวิเชียร 2552, หลักนิติธรรม, กรุงเทพฯ: สำนักงาน ก.พ.

ธานีนิวัต, พระวรวงศ์เธอพระองค์เจ้า 2489, เรื่องบรมราชาภิเษก, พิมพ์ในงานฌาปนกิจศพนางทรัพย์ เลขยานนท์ และ นางสิน เลขยานนท์ วันที่ 23 เมษายน 2489, กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์พานิชศุภผล

นครินทร์ เมฆไตรรัตน์ 2549, พระผู้ทรงปกเกล้าฯ ประชาธิปไตย: 60 ปีสิริราชสมบัติกับการเมืองการปกครองไทย, กรุงเทพฯ: สานักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

นพพล อาชามาส 2556, "การประกอบสร้างความกลัวและการเมืองว่าด้วยการบังคับใช้ประมวลกฎหมายอาญามาตรา 112", วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยเชียงใหม่

นพพล อาชามาส 2561, "การบังคับใช้ศาลทหารตอบพลเรือน ประวัติศาสตร์การเมืองว่าด้วยกลไกการปกครองของระบอบอำนาจนิยมในประเทศไทย", ใน ตุลาการธิปไตย ศาล และการรัฐประหาร, กรุงเทพฯ: ศูนย์ทนายความเพื่อสิทธิมนุษยชน

นลินี ทองแท้ 2561, “ศาลกับการยอมรับความเป็นรัฏฐาธิปัตย์ของ คสช.”, ใน ตุลาการธิปไตย ศาล และการรัฐประหาร, กรุงเทพฯ: ศูนย์ทนายความเพื่อสิทธิมนุษยชน

นิติศาสตร์ไพศาล, พระยา 2494, ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย, กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

นิธิ เอียวศรีวงศ์ 2538, ปากไก่และใบเรือ, (พิมพ์ครั้งที่ 2) กรุงเทพฯ: อมรินทร์การพิมพ์

บวรศักดิ์ อุวรรณโณ 2537, กฎหมายกับทางเลือกของสังคมไทย, กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์นิติธรรม

บวรศักดิ์ อุวรรณโณ 2542, การสร้างธรรมาภิบาลในสังคมไทย, กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน

บวรศักดิ์ อุวรรณโณ 2549, ทศพิธราชธรรมกับพระมหากษัตริย์ไทย Ten Principles of a Righteous King and the King of Thailand, พิมพ์สองภาษา (ไทยและอังกฤษบนหน้าซ้ายขวา) คณะนิติศาสตร์: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย (พิมพ์ใหม่โดยสถาบันพระปกเกล้า 2551 โดยครึ่งแรกเป็นภาษาไทยครึ่งหลังเป็นภาษาอังกฤษ)

บวรศักดิ์ อุวรรณโณ 2550, กฎหมายมหาชน เล่มสอง: การแบ่งแยกกฎหมายมหาชน–เอกชนและพัฒนาการกฎหมายมหาชนในประเทศไทย, (พิมพ์ครั้งที่ 5) กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

ประหยัด นิชลานนท์ (แปล) 2548, “ธรรมะกับกาลเวลา”, ใน สุรศักดิ์และกรรณิการ์ บก. (ดูข้างล่าง)

ปรีดี เกษมทรัพย์ 2560, นิติปรัชญา, (พิมพ์ครั้งที่ 15) แก้ไขโดย กิตติศักดิ์ ปรกติ, กรุงเทพฯ: คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

ปรีดี พิศภูมิวิถี (แปล) 2548 “ข้อสังเกตว่าด้วยการชำระกฎหมายสยามในปีพุทธศักราช 2348”, ใน สุรศักดิ์และกรรณิการ์ บก. (ดูข้างล่าง)

ปิยบุตร แสงกนกกุล 2559, รัฐธรรมนูญ: ประวัติศาสตร์ข้อความคิดอำนาจสถาปนาและการเปลี่ยนผ่าน, นนทบุรี: สำนักพิมพ์ฟ้าเดียวกัน

ปิยะฉัตร ปิตะวรรณ 2526, ระบบไพร่ในสังคมไทย พ.ศ. 2411 ถึง 2453, กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

พงษ์พันธ์ บุปเก 2560, ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย, กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน

พัชรินทร์ เปี่ยมสมบูรณ์ 2517, “การปฏิรูปกฎหมายของประเทศไทย พ.ศ. 2471 ถึง 2478”, วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต (ประวัติศาสตร์) จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

พิชิตปรีชากร, กรมหลวง 2472, ประชุมพระนิพนธ์กรมหลวงพิชิตปรีชากร, พระนคร: โรงพิมพ์โสภณพิพรรฒธนากร

พุฒิพงศ์ พงศ์เอนกกุล 2556, ธรรมชาติของการใช้อำนาจรัฐโดยกษัตริย์, กรุงเทพฯ: ไชน์พับลิชชิ่งเฮ้าส์

พุทธโฆษาจารย์, สมเด็จพระ (ป อ ปยุตโต) 2560, นิติศาสตร์แนวพุทธ, (พิมพ์ครั้งที่ 20) กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน

ร. แลงกาต์ 2526, ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย (2 เล่ม), กรุงเทพฯ: มูลนิธิโครงการตำราฯ

ราชบุรีดิเรกฤทธิ์, กรมหลวง 2507, กดหมาย, ในอนุสรณ์พระราชทานเพลิงศพนายแสวง เตระยานนท์, 19 ธันวาคม 2507, หน้า 97–162 (พิมพ์ครั้งแรก ร.ศ. 118/พ.ศ. 2442)

เรอเน่ กียอง 2550, การร่างประมวลกฎหมายในประเทศสยาม, สุรพล ไตรเวทย์ (ถอดความและเรียบเรียง), กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน

วรเจตน์ ภาคีรัตน์ 2553, “หลักนิติรัฐและหลักนิติธรรม”, ใน เอกบุญ 2553, (ดูข้างล่าง), หน้า 318–344

วรเจตน์ ภาคีรัตน์ 2555, จุดไฟในสายลม กรุงเทพฯ: โอเพ่นบุ๊คส์

วรเจตน์ ภาคีรัตน์ 2561, ประวัติศาสตร์ความคิดนิติปรัชญา กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์อ่าน

วารสารศาลรัฐธรรมนูญ ปีที่ 19 เล่มที่ 55 มกราคม–เมษายน พ.ศ. 2560

วิชา มหาคุณ 2553, “อำนาจบริหารและอำนาจตุลาการ: ความมั่นคงของชาติและหลักนิติธรรม”, ใน เอกบุญ บก. 2553, (ดูข้างล่าง), หน้า 45–51

วิชา มหาคุณ และคนอื่นๆ 2558, จริยธรรมในวิชาชีพกฎหมาย, นครปฐม: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยมหิดล

วินัย พงศ์ศรีเพียร บก. 2548ก, กฎมณเฑียรบาลฉบับเฉลิมพระเกียรติ, กรุงเทพฯ: สำนักงานกองทุนสนับสนุนการวิจัย

วินัย พงศ์ศรีเพียร บก. 2548ข, นีติปรัชญาไทย, กรุงเทพฯ: สำนักงานกองทุนสนับสนุนการวิจัย

ศศิกานต์ คงภักดิ์ 2548, ‘พระราชปรารภ’ และ ‘หลักอินทภาษ’, ใน วินัย 2548ข, (ดูข้างบน)

สงกรานต์ ป้องบุญจันทร์ 2516, “Rule by Law ปฏิบัติการตามนโยบายทวงคืนผืนป่าภายใต้รัฐบาล คสช.”, ใน ตุลาการธิปไตย ศาล และการรัฐประหาร, กรุงเทพฯ: ศูนย์ทนายความเพื่อสิทธิมนุษยชน

สมคิด เลิศไพฑูรย์ 2560, “การสถาปนาหลักนิติธรรมขึ้นในระบบกฎหมายไทย”, ใน วารสารศาลรัฐธรรมนูญ, หน้า 152–172

สมชาย ปรีชาศิลปกุล 2550, “หลักนิติรัฐประหาร”, ใน รัฐประหาร 19 กันยายน กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์ฟ้าเดียวกัน หน้า 199–202

สมชาย ปรีชาศิลปกุล 2561ก, นี่คือปณิธานที่หาญมุ่ง: ข้อถกเถียงว่าด้วยสถาบันพระมหากษัตริย์ในองค์กรจัดทำรัฐธรรมนูญของไทย พ.ศ. 2475 ถึง 2550, กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์ฟ้าเดียวกัน

สมชาย ปรีชาศิลปกุล 2561ข, “ระบอบ คสช. อันมีตุลาการธิปไตยเป็นผู้พิทักษ์”, ใน ตุลาการธิปไตย ศาล และการรัฐประหาร, กรุงเทพฯ: ศูนย์ทนายความเพื่อสิทธิมนุษยชน

สมชาย ปรีชาศิลปกุล 2562, “กรมหลวงราชบุรีฯ, ปรีดี พนมยงค์ และความพลิกผันสู่การศึกษาแบบนิติอักษรศาสตร์,” ใน รอยต่อและจุดตัด อรรถจักร์ สัตยานุรักษ์ 60 ปี, สมชาย ปรีชาศิลปกุล, บุญเลิศ วิเศษปรีชา บก., กรุงเทพฯ: เรือนแก้วการพิมพ์ หน้า 113–148

สมยศ เชื้อไทย 2548, นิติปรัชญาเบื้องต้น, พิมพ์ครั้งที่ 9 กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน

สุรพล นิติไกรพจน์ 2553, “ปาฐกถาพิเศษ ‘ภาพจริง-ภาพลวง: สังคมแห่งนิติรัฐ’”, ใน เอกบุญ 2553, (ดูข้างล่าง), หน้า 214-232

เสนาะ เอกพจน์ 2504, “The Rule of Law,” ดุลพาห เล่ม 9 ปีที่ 8 (กันยายน): 982-1003

สุรศักดิ์ ลิขสิทธิวัฒนกุล และ กรรณิกา จรรย์แสง บก. 2548, ร. แลงกาต์กับไทยศึกษา: รวมบทความแปลและบทความศึกษาผลงาน, กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

แสวง บุญเฉลิมวิภาส 2545 ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย, พิมพ์ครั้งที่ 3, กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

สิทธิกร ศักดิ์แสง 2555, “ข้อสังเกตเกี่ยวกับการนำหลักการปกครองแบบนิติรัฐที่ยึดหลักนิติธรรมมาใช้ในรัฐธรรมนูญไทย”, ใน การปกครองแบบนิติรัฐที่ยึดหลักนิติธรรมกับปรัชญากฎหมาย, กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์เดือนตุลา, หน้า 1-2

หนังสือนิติรัฐนิติธรรมฉบับประชาชน 2555, กรุงเทพฯ: คณะกรรมการส่งเสริมหลักนิติธรรมแห่งชาติ

อานันท์ กาญจนพันธุ์ 2555, “พรมแดนความรู้เรื่องพหุนิยมทางกฎหมาย”, ใน ถกความคิดสังคมศาสตร์ในสังคมไทย, กรุงเทพฯ: สำนักงานคณะกรรมการวัฒนธรรมแห่งชาติ, หน้า 233-240

เอกชัย ชินณพงศ์ 2560, “การพัฒนาหลักนิติธรรมในระบบศาลยุติธรรมของไทย”, วารสารศาลรัฐธรรมนูญ, ปีที่ 19 เล่มที่ 55 หน้า 277-300

เอกบุญ วงศ์สวัสดิ์กุล บก. 2553, นิติรัฐ นิติธรรม, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

อุดม รัฐอมฤต (แปล) 2548, “พยานตามกฎหมายเก่าของสยาม”, ใน สุรศักดิ์ และ กรรณิการ์ บก. (ดูข้างบน)

Books and Articles in English

Agamben, Georgio 2005, *State of Exception*, Chicago: University of Chicago Press.

Apirat Petchsiri 1987, *Eastern Importation of Western Criminal Law: Thailand as a case study*, publications of the comparative criminal law project, vol. 17, Littleton, CO: Fred B Rothman & Co.

Baker, C. & Pasuk Phongpaichit 2016, *The Palace Law of Ayutthaya and the Thammasat: Law and Kingship in Siam*, Ithaca, NY: Cornell Southeast Asia Program Publications.

Baker, C. & Pasuk Phongpaichit forthcoming, “Thammasat, Custom, and Royal Authority in Siam’s Legal History,” in *Thai Legal History*, ed. Andrew Harding and Munin Pongsapan, Cambridge, UK: Cambridge University Press, 18 pp.

Cheesman, Nick 2015, *Opposing the Rule of Law*, Cambridge, UK: Cambridge University Press

Cheesman, Nick 2016, "Rule-of-Law Lineages in Colonial and Early Post-colonial Burma," *Modern Asian Studies*, 50, 2: 564-601

Chiba, Masaji ed. 1986, *Asian Indigenous Law in Interaction with Received Law,* London and New York: KPI.

Darian-Smith, E. 2013, *Laws and Societies in Global Contexts*, Cambridge, UK: Cambridge University Press.

Dhani Nivat, Prince 1969, "The Old Siamese Conception of the Monarchy," in *Collected Articles by H.H. Prince Dhani Nivat*, Bangkok: The Siam Society, pp. 91-104.

Dressel, Bjorn ed. 2012, *Judicialization of Politics in Asia*, London & New York: Routledge.

Dressel, Bjorn 2018, "Thailand's Traditional Trinity and the Rule of Law: Can they Coexist?" *Asian Studies Review*, published online Mar 21, 2018.

Engel, David and Jaruwan Engel 2010, *Tort, Custom, and Karma: Globalization and Legal Consciousness in Thailand*, Stanford, CA: Stanford Law Books.

Ginsburg, Tom 2012, "Japanese Law and Asian Development," in McAlinn and Pejovic eds. (see below), pp. 68-88.

Ginsburg, Tom and T. Moustafa 2008, *Rule by Law: Politics of Courts in Authoritarian Regimes*, Cambridge, UK: Cambridge University Press.

Ginsburg, Tom and A. Simpser 2014, *Constitutions in Authoritarian Regimes*, Cambridge, UK: Cambridge University Press.

Haberkorn, Tyrell 2018, *In Plain Sight: Impunity and Human Rights in Thailand*, Madison, WI: University of Wisconsin Press.

Harding, Andrew 2012, "The Politics of Law and Development in Thailand: seeking Rousseau, Finding Hobbes," in McAlinn and C. Pejovic eds. (see below), pp. 109–136.

Hirschl, Ran 2007, *Towards Juristocracy: The Origins and Consequences of the New Constitutionalism*, Cambridge, MA: Harvard University Press.

Hooker, M.B. 1978, *Concise Legal History of South-East Asia*, Oxford, UK: Clarendon Press.

Hussin, I. 2016, *Politics of Islamic Law*, Chicago: University of Chicago Press.

Kanaphon Chanhom 2010, "Codification in Thailand during the 19th and 20th Centuries: A Study of the Causes, Process and Consequences of Drafting the Penal Code of 1908," Unpublished PhD Dissertation, University of Washington, 2010

Kullada Kesboonchoo 2006, *The Rise and Fall of the Absolute Monarchy in Siam*, London & New York: Routledge.

Lingat, Robert 1950, "Evolution of the Conception of Law in Burma and Siam," *Journal of the Siam Society*, 38, 1: 9–31

Lingat, Robert 1973, *The Classical Law of India*, Berkeley, CA: University of California Press.

Loos, Tamara 2006, *Subject Siam*, Ithaca, NY: Cornell University Press.

Maslen, S. 1998, "Japan & the Rule of Law," *Pacific Basin Law Journal*, 16, 2: 281–295

McAlinn, G. P. and Pejovic, C. eds. 2012, *Law and Development in Asia*, London & New York: Routledge.

Mérieau, Eugénie 2016, "Thailand's Deep State, Royal Power and the Constitutional Court," in *Assessing Thailand's Authoritarian Turn,* ed. Veerayooth Kanchoochat and Kevin Hewison, London & New York: Routledge, pp. 88 –114

Mérieau, Eugénie 2018, "Buddhist Constitutionalism in Thailand: When *Rajadhamma* Supersedes the Constitution," *Asian Journal of Comparative Law*, 13: 283–305

Merry, Sally Engel 1991, "Law and Colonialism," *Law and Society Review*, 25, 4: 889–922

Merry, Sally Engel 2001, "Changing rights, changing culture," in *Culture and Rights: anthropological perspectives*, ed. Jane K. Cowan, Marie–Bendicte Dembour and Richard A. Wilson, Cambridge, UK: Cambridge University Press, pp. 31–55.

Merry, Sally Engel 2006, *Human Rights and Gender Violence: translating international law into local justice,* Chicago: University of Chicago Press.

Modern Intellectual History 2018, "Forum on Law, Empire, and Global Intellectual History," (an online journal, July 2018) https://www.cambridge.org/core/journals/modern-intellectual-history/forums/law-empire-and-global-intellectual-history (accessed December 10, 2019).

Munger, Frank 2012, "Constructing Law from Development: Cause Lawyers, Generational Narratives, and the Rule of Law in Thailand," *NYLS Legal Studies Research Paper* , no. 12/13 #45, (accessed December 10, 2019). https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2145533)

Okudaira, Ryuji 2018, *Kingship and Law in the early Konbaung Period of Myanmar (1752-1819)*, Tokyo: Mekong publishing.

Peerenboom, R. ed. 2004, *Asian Discourses of Rule of Law*, London & New York: Routledge

Pridi Kasemsup 1986, "Reception of Law In Thailand A Buddhist Society," in Masaji Chiba (see above), pp. 267-300.

Puangthong Pawakapan 2017, *The Central Role of Thailand's Internal Security Operations Command in the Post-Counter-insurgency Period*, Trends in Southeast Asia, no.17, Singapore: Yusof Ishak Institute of Southeast Asian Studies.

Rajah, Jothie 2012, *Authoritarian Rule of Law: Legislation and Legitimacy in Singapore*, Cambridge, UK: Cambridge University Press

Rajah, Jothie 2015, "Rule of Law Lineages: Heroes, Coffins, and Custom," *Law, Culture, and the Humanities*, 13, 3 (May): 1–14

Streckfuss, David 1998, "The Poetics of Subversion: Civil Liberty and Lese-Majeste in the Modern Thai State," unpublished PhD dissertation, University of Wisconsin-Madison.

Streckfuss, David 2011, *Truth on Trial in Thailand*, London & New York: Routledge

Tamada, Yoshifumi 2017 (in Japanese), "(The Judicialization of Thai Politics)," in (Judicialization and Democratization of Politics), ed. Seiji no Shihoka to Minshuka, Kyoto: Koyo Shobo printings, pp.19–38.

Thanin Kraivixian 1963, "Thai Legal History," *Women Lawyers Journal*, 49, p 7, cited in Kanaphon 2010 (above)

Thongchai Winichakul 1994, *Siam Mapped: A History of the Geo-body of a Nation*, Honolulu, HI: University of Hawaii Press.

Thongchai Winichakul 2016, *Thailand's Hyper-royalism: Its past Success and Present Predicament*, Trends in Southeast Asia, no.7, Singapore: ISEAS Yusof Ishak Institute, 36 pp.

Tongnoi Tongyai 1990, "The Role of the Monarchy in Modern Thailand," in *Development, Modernization, and Tradition in Southeast Asia: Lessons from Thailand*, ed. Pinit Rattanakul, Bangkok: Mahidol University.

Tsurumi, Kazuko 1970, *Social Change and the Individual: Japan before and after defeat in World War II*, Princeton, NJ.: Princeton University Press.

Wise, James 2019, *Thailand: History, Politics and the Rule of Law*, Singapore: Marshall Cavendish International (Asia) Pte. Ltd.

Urabe, Nohiro 1990, "Rule of Law and Due Process: A Comparative View of the United States and Japan," *Law and Contemporary Problems*, 53, 1: 61–72.

รายนามปาฐกและหัวข้อการแสดง
ปาฐกถาพิเศษ ป๋วย อึ๊งภากรณ์ ที่ผ่านมา

ครั้งที่ 1 วันที่ 27 กุมภาพันธ์ 2530

ศาสตราจารย์นิคม จันทรวิทุร

"แรงงานกับรัฐ: สามทศวรรษแห่งการพัฒนา"

ศาสตราจารย์ ดร.อัมมาร สยามวาลา

"เกษตรกรกับรัฐ"

ครั้งที่ 2 วันที่ 9 มีนาคม 2532

ศาสตราจารย์เสน่ห์ จามริก

"เศรษฐกิจการเมืองเรื่องวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยี"

ครั้งที่ 3 วันที่ 7 กันยายน 2533

รองศาสตราจารย์ ดร.ฉัตรทิพย์ นาถสุภา

"วัฒนธรรมตะวันตกกับพัฒนาการสังคมไทย"

ครั้งที่ 4 วันที่ 9 มีนาคม 2536

ศาสตราจารย์ ดร.นิธิ เอียวศรีวงศ์

“วีรบุรุษในวัฒนธรรมไทย”

ครั้งที่ 5 วันที่ 9 มีนาคม 2538

ผู้ใหญ่วิบูลย์ เข็มเฉลิม

“รากฐานชีวิต”

ครั้งที่ 6 วันที่ 9 มีนาคม 2541

ศาสตราจารย์ นายแพทย์ประเวศ วะสี

“ยุทธศาสตร์ชาติ เพื่อความเข้มแข็งทางเศรษฐกิจ สังคม และศีลธรรม (สันติประชาธรรม)”

ครั้งที่ 7 วันที่ 9 มีนาคม 2544

อาจารย์สุลักษณ์ ศิวรักษ์

“สร้างสรรค์สันติประชาธรรมให้เป็นจริงในสังคม”

ครั้งที่ 8 วันที่ 9 มีนาคม 2546

นายไพบูลย์ วัฒนศิริธรรม

“การบริหารสังคม: ศาสตร์แห่งศตวรรษเพื่อสังคมไทย และสังคมโลก”

ครั้งที่ 9 วันที่ 9 มีนาคม 2548

รองศาสตราจารย์ ดร. ม.ร.ว.อคิน รพีพัฒน์

"ระบบอุปถัมภ์ กับการพัฒนาสังคม: ด้านหนึ่งในการเปลี่ยนแปลงสังคมไทย"

ครั้งที่ 10 วันที่ 9 มีนาคม 2550

ศาสตราจารย์รังสรรค์ ธนะพรพันธุ์

"จารีตรัฐธรรมนูญไทยกับสันติประชาธรรม"

ครั้งที่ 11 วันที่ 9 มีนาคม 2552

ดร.ชาญวิทย์ เกษตรศิริ

"ลัทธิชาตินิยมไทย-สยาม กับกัมพูชา: ข้อพิพาทปราสาทเขาพระวิหาร (กลับมาเยือน)"

(Siamese-Thai Nationalism and Cambodia: The Preah Vihear Dispute Revisited)

ครั้งที่ 12 วันที่ 9 มีนาคม 2554

ศาสตราจารย์ ดร.ยงยุทธ ยุทธวงศ์

"วิทยาศาสตร์เพื่ออะไร?"

ครั้งที่ 13 วันที่ 8 มีนาคม 2556

ดร.อุทัย ดุลยเกษม

“การศึกษากับการสร้างสังคมสันติประชาธรรม”

ครั้งที่ 14 วันที่ 9 มีนาคม 2558

ศาสตราจารย์ ดร.ชัยวัฒน์ สถาอานันท์

“พิศ (ษ) ผู้หญิงในชีวิตของสันติวิธี”

ครั้งที่ 15 วันที่ 9 มีนาคม 2559

นายแพทย์วิโรจน์ ตั้งเจริญเสถียร

“จากครรภ์มารดาถึงเชิงตะกอน: หลักประกันสุขภาพถ้วนหน้า ผลสัมฤทธิ์ และความท้าทายในอนาคต”

ครั้งที่ 16 วันที่ 9 มีนาคม 2561

ดร.เสกสรรค์ ประเสริฐกุล

“ประเทศไทยในความคิด ความคิดในประเทศไทย”

ปาฐกถาพิเศษ ป๋วย อึ๊งภากรณ์ ครั้งที่ 17

9 มีนาคม พ.ศ. 2563

นิติรัฐอภิสิทธิ์และราชนิติธรรม:

ประวัติศาสตร์ภูมิปัญญาของ Rule by Law แบบไทย

โดย

ธงชัย วินิจจะกูล

บรรณาธิการสำนักพิมพ์

อธิคม คุณาวุฒิ

คณะบรรณาธิการ

นภนต์ ภุมมา

สิทธิกร นิพภยะ

คณะที่ปรึกษา

ปกป้อง จันวิทย์

ธร ปีติดล

ออกแบบปกและรูปเล่ม

ณขวัญ ศรีอรุโณทัย

พิสูจน์อักษร

คีรีบูน วงษ์ชื่น

ภาพถ่าย

อนุชิต นิ่มตลุง

ISBN: 978-616-329-117-2

ดำเนินการผลิตโดย

WAY

waymagazine.org